

ÉTUDE
SUR LA
DOT INCLUSE
DANS LES
PARAPHERNAUX

PAR
FRANCK MENNESSON

Avocat à la Cour d'Appel

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 1^{er} Juin 1907, à 8 heures 1/2

Président : M. WEISS, professeur
Suffragants { MM. AUDIBERT, professeur
BARTIN, professeur

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

ANCIENNE MAISON L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

ÉTUDE
SUR LA
DOT INCLUSE
DANS LES
PARAPHERNAUX

PAR
FRANCK MENNESSON

Avocat à la Cour d'Appel

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 1^{er} Juin 1907, à 8 heures 1/2

Président : M. WEISS, professeur

*Suffragants { MM. AUDIBERT, professeur
BARTIN, professeur*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

ANCIENNE MAISON L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÉTUDE SUR LA DOT INCLUSE

DANS LES

PARAPHERNAUX

PREMIÈRE PARTIE

Ancien droit

CHAPITRE I

DROIT ROMAIN

SECTION I

Origine romaine de la dot.

S'il est vrai que le mariage ne fut pas chez tous les peuples accompagné d'une constitution de dot (1), on ne peut nier que cette institution ne soit apparue de très bonne heure à Rome et nous possédons sur elle des documents assez complets pour en retrouver l'origine.

(1) En Arménie, jusqu'au temps de Justinien, la femme se mariait sans dot. Nov. 21, *præfatio*. Chez les Hindous on ne donna pendant longtemps à la jeune fille qui se mariait, qu'une parure ; ce fut l'origine de la dot chez ces peuples (*Leist, Altarisches jugentium*, 499.

Sans doute, la dot ancienne n'a pas toujours été cet ensemble de biens, propriété de la femme, rendus inaliénables sous Auguste et sévèrement protégés par Justinien ; mais l'existence d'un apport de la femme à son mari remonte à la plus haute antiquité. Nous pouvons dire que l'habitude de doter la femme est aussi ancienne que le mariage lui-même, puisque dans cette cité où l'union de l'homme et de la femme avait lieu légalement en l'absence de toute formalité ou de tout rite, c'est la constitution de cette dot qui consacre aux yeux du monde l'existence des justes noces (1).

Ainsi s'affirme, tout d'abord, le caractère de cette race romaine, plus guidée par l'intérêt que par le sentiment, qui oublie dans ses lois le mariage d'inclination.

La dot n'est donc, au début de l'histoire du droit à Rome, qu'un apport de la femme. Point n'était besoin pour cet apport de prévoir une situation particulière, d'édicter des règles spéciales. La femme le remettait au mari comme une donation quelconque conclue entre étrangers. Le mot lui-même n'exprime pas autre chose.

Pourtant on s'est aperçu bientôt que cette donation se distinguait des donations ordinaires. Dans le mariage, elle n'est pas l'élément principal

(1) Plaute, *Trim.*, III, 2, 63.

du contrat ; la constitution de dot est conditionnelle, elle n'est définitive que si le mariage a eu lieu. Mais c'est là, pendant longtemps, la seule différence pour le mari entre l'acquisition de la dot et celle d'un bien quelconque ; la première est définitive et absolue dès que l'union est consommée et seulement alors. La dot devra même survivre au mariage, c'est ce que signifie le brocard *Dotis causa perpetua est* (1).

On ne voit donc pas encore apparaître dans cette donation de la femme à son futur mari l'idée d'un apport fait par elle pour aider celui-ci à supporter les charges du ménage, idée qui sera mise plus tard au premier plan. Sans doute, de tous temps, les biens remis par la femme ont servi comme ceux du mari à l'entretien de la famille, il eût été singulier qu'il en fût autrement, mais à l'origine la constitution de dot répondait à une autre nécessité : celle de garantir à la femme dans la maison romaine le rang et la place que les coutumes lui assuraient. Nous savons de quels respects étaient entourées à Rome les femmes mariées, il ne fallait pas qu'une « matrone » en vivant exclusivement aux dépens du mari subît quelque humiliation qui l'exposât à déchoir ; mais une fois la femme entrée au foyer avec une dot

(1) Paul, lib. XIV, *ad Sab.*, D. xxiii, 3, 1.

convenable, à quoi bon rappeler les charges de famille ? Ce fut là une notion exprimée par les jurisconsultes postérieurs qui eurent à rechercher, quand le mariage cessa d'être l'union permanente des premiers siècles, le moyen de rendre sa dot à la femme en même temps que sa liberté.

C'est donc le divorce qui déterminera le développement du droit matrimonial. En effet, dans la Rome antique, tant que l'institution du mariage demeura intacte, la situation de la femme n'éveilla pas le souci des jurisconsultes :

1° Dans le mariage avec *manus*, la femme entrant dans la famille de son mari, les biens qu'elle apporte deviennent la propriété de celui-ci ; et la femme après la mort de l'époux étant *loco filiæ*, hérite pour tout ou pour partie.

Est-ce la femme qui meurt la première ? Les biens qu'elle avait apportés au mari restent entre ses mains et reviendront aux enfants communs après la mort du père.

2° Dans le mariage sans *manus* la femme reste en principe propriétaire de ses biens, mais en fait, par la constitution de dot, elle en remet une part au mari. De ces biens à lui donnés par la femme, il est propriétaire définitif, nous l'avons vu, en vertu d'une donation ordinaire ; ce patrimoine passera donc aux enfants après son propre décès.

Ainsi le fonctionnement régulier du droit commun suffit à sauvegarder les intérêts de la femme, laquelle, en cas de survie, recueille sa part d'héritage, dans le mariage avec *manus*, ou conserve pour soi la fortune qu'elle n'a pas donnée au mari dans le mariage sans *manus*.

Le même fonctionnement du droit commun produit une dévolution logique de la fortune de la femme aux enfants.

Cette législation allait bientôt devenir insuffisante devant la complexité de la civilisation de plus en plus raffinée qui fleurit à Rome après la conquête de l'Italie.

Dans les premiers siècles, le divorce, existant en droit, est presque inconnu en fait. Rareté qu'il faut se garder d'attribuer aux vertus domestiques de ses habitants, la législation nous donnerait un cruel démenti quand elle punit de mort l'adultère, le sortilège et l'abus de confiance mis à la charge de la femme. C'est ici le châtiment qui semble d'un autre âge et non la vertu. L'application d'une peine aussi sévère avait sans doute restreint le nombre des divorcées vivant dans la société romaine où ces fautes graves étaient fréquentes; le mari ne pouvait plus demander au tribunal de famille son approbation en faveur du divorce qu'en invoquant la stérilité de la femme.

Si cette cause de divorce admise par les Ro-

maines prouve encore leur conception utilitaire du mariage, il n'en est pas moins vraisemblable, qu'elle a dû agir assez rarement. Dans ce cas, peut-on croire, l'opinion restait indifférente ou même hostile à la femme.

SECTION II

Volonté du législateur d'assurer la situation de la femme à la dissolution du mariage.

Au vi^e siècle de Rome, après le célèbre divorce de Sp. Carvilius Ruga (1), les divorces devinrent de plus en plus nombreux ; grâce à la complaisance ou même à la complicité du tribunal domestique qui les prononçait : et bientôt il parut nécessaire à l'intérêt général de régler la situation de ces femmes abandonnées sans fortune.

Ainsi, parfois, la décadence des mœurs favorise le progrès des lois : tant il est vrai que souvent celles-ci se parfont dans la mesure où celles-là se corrompent.

A la vérité, une antique loi attribuée à Romulus, accordait à la femme répudiée un droit à une part

(1) Aulu-Gelle, iv, 3.

des biens du mari ; mais les tribunaux domestiques, circonvenus par celui-ci, en même temps qu'ils prononçaient le divorce pour une cause futile, ne gratifiaient la femme que d'une somme insignifiante ; en outre, le sexe fort, sans doute plus enclin à la clémence, depuis qu'il réclamait quelque indulgence pour sa propre conduite, n'appliquait plus la même peine capitale pour punir les fautes graves mentionnées tout à l'heure, mais la femme trop heureuse d'avoir la vie sauve se contentait, sans rien de plus, de la modeste générosité du tribunal.

Le nombre des femmes sans époux ni fortune devenait aussi scandaleux qu'inquiétant.

Comme la décision du tribunal domestique ne présentait plus aucune sécurité pour la femme répudiée ou divorcée, l'usage s'introduisit de faire tracer par un arbitre la ligne de conduite que, dans chaque cas, le mari devait suivre vis-à-vis de son épouse. C'est ainsi que la femme rentrait parfois en possession de toute sa dot quand il n'y avait rien à lui reprocher, et parfois s'en voyait totalement privée en cas de faute grave de sa part.

Par ailleurs, la facilité des divorces présentait d'autres inconvénients. La tentation était trop forte pour les jeunes Romains d'acquérir rapidement une fortune considérable par des mariages

successifs aussitôt rompus sous les prétextes les plus vains (1).

Ce fut donc d'abord un arbitre désigné par les parties qui fixa le montant des restitutions auxquelles la femme pouvait prétendre.

La décision de ce citoyen : *l'arbitrium*, n'avait aucune force exécutoire, la loi ne mettait pas entre les mains de la femme le moyen de contrainte nécessaire pour obtenir satisfaction. Caton le fait bien comprendre en comparant le rôle de l'arbitre à celui du censeur intervenant dans les affaires de la cité ; aussi bien, comparer n'est-ce pas assez, c'est assimiler qu'il faudrait dire, car il est certain que dans l'ancienne Rome, l'examen des sentences rendues par le *paterfamilias* de chaque maison rentrait dans les attributions du censeur ; seulement la sentence de celui-ci avait une sanction redoutée, à cette époque où le Romain craignait avant tout la *nota infamix* ; mais comme le censeur n'exerçait sa fonction que tous les cinq ans, la femme injustement répudiée pouvait avoir à souffrir d'une sentence inique du tribunal familial. Autant pour diminuer le travail du censeur que

(1) L'accroissement des dots est rapide. Tandis que la fille de Cincinnatus passait pour un riche parti avec une dot de dix mille as, et qu'une certaine Megullia, dont la dot s'éleva à cinquante mille as, fut surnommée la dotée (Valère Maxime, iv, 4, 10), Paul Emile reçut de sa femme une dot de vingt-cinq talents et Scipion l'Africain (mort en 569) donna à ses deux filles une dot de cinquante talents (Polybe, xviii, 18 — xxxii, 13).

pour hâter le cours de la justice s'introduisit l'usage de s'adresser à un arbitre.

L'arbitrium rei uxoriæ était, par suite du défaut de sanction, un moyen bien imparfait de sauvegarder les intérêts de la femme. C'est pourquoi, le mépris de certains maris malhonnêtes vis-à-vis la sentence arbitrale, ainsi que la multiplicité des divorces, induisirent les femmes à se pourvoir dès le jour du mariage d'armes juridiques, en prévision du divorce, puisqu'une telle éventualité devenait vraisemblable.

Quels moyens employer ? Faire promettre au mari ou à son chef de famille, lors de la constitution de la dot, de restituer, en cas de divorce, la dot suivant la valeur qui serait fixée par l'arbitre. Une stipulation assurait à cette promesse sa sanction légale. Telle était la *cautio rei uxoriæ*. Ce n'est guère que sous Auguste qu'une action civile particulière fut donnée à la femme pour faire valoir son droit à la restitution de sa dot ; c'est ainsi que se forma l'obligation du mari qui n'était poursuivie jusque-là qu'en vertu de la stipulation et par la *condictio*.

En même temps on reconnaissait à l'épouse répudiée un véritable droit sur les biens du mari, la transformation des mœurs modifia complètement l'opinion publique sur le mariage des femmes. Autant jusque-là il paraissait honorable pour une

femme de rester *univiria* (1), autant, à partir de cette époque, il sembla nécessaire que la femme divorcée pût trouver un autre mari, la restitution de sa dot devait y aider puissamment.

Voilà donc, pourrait-on croire, la notion de dot dégagée des contingences matérielles qui la confondaient avec d'autres notions similaires. C'est un ensemble de biens remis au mari au moment du mariage et qu'il devra restituer lors de la dissolution ! Ce serait aller trop vite : sous Auguste seulement pareille conception se fera jour.

Pour préciser ce point, voyons donc quel était le caractère du droit du mari sur les biens qu'il recevait au jour du mariage, voyons la nature du droit de la femme après le divorce.

1° Les biens que le mari, ou son chef de famille, acquéraient lors du mariage, leur étaient transmis en pleine propriété. Ils n'en faisaient pas une acquisition conditionnelle, ils n'en devenaient pas non plus usufruitiers, comme aujourd'hui ; ils en devenaient propriétaires purs et simples sans modalités ni restrictions. Cette propriété définitive n'était donc pas limitée en durée par le temps que subsistera le mariage ; les biens entrent dans le patrimoine du mari et s'y confondent désormais avec sa fortune personnelle. Ceci était nécessaire

(1) Plutarque, *Quæst. R.*, 105 ; Tacite, *Ann.*, II, 86 ; *Propertius*, IV, 44, 36.

pour garantir aux enfants la dévolution de la fortune maternelle. Cette fortune n'aurait pu leur parvenir ni *ab intestat*, ni par testament, ni même par donation indirecte de leur mère, puisque dans la famille le *pater* seul est capable d'acquérir ; c'était donc par l'intermédiaire obligé du père, du chef de la famille que les biens de la femme pouvaient revenir à ses enfants.

2° Cependant, en cas de divorce, la justice et l'intérêt de la société veulent que la femme ne soit pas abandonnée, sans ressources. Il serait odieux de la sacrifier complètement à ses enfants, surtout quand son mari l'a répudiée par caprice ou par calcul. Mais si, au début de notre ère, l'*arbitrium* a déjà pour but de permettre à la femme de convoler en secondes noces, il n'en est pas encore ainsi au VI^e siècle de Rome ; l'arbitre en rendant sa sentence, ne prétend pas autre chose que de lui assurer des moyens d'existence. C'est un droit purement personnel qui est ainsi reconnu à la femme, qu'elle n'exerce qu'en cas de répudiation et qui survit à la *capitis deminutio* (1), ce droit est même tellement exorbitant du droit commun qu'il peut être exercé par la fille de famille ; or, celle-ci est incapable de posséder, il faut donc

(1) Gaius, D., iv, 5, 8, sur l'action de dote. M. Cuq estime que c'est, sans aucun doute, un vestige d'une règle appliquée anciennement à l'*arbitrium rei uxoriæ*.

supposer qu'un tel droit n'est pas à Rome un élément du patrimoine au même titre que les biens ordinaires.

Si, maintenant, nous examinons sur quels biens peut s'exercer ce droit, nous apercevrons encore mieux les différences complètes entre la dot romaine de cette époque et notre dot contemporaine. Comme l'indiquent les mots : *arbitrium rei uxoriæ*, c'est sur la *res uxoria* que s'exerce la créance de la femme, mais cette *res* comprend soit ce que le mari a obtenu à titre de dot, soit ce qu'il a acquis par l'effet de la *manus* ; l'*arbitrium* ne distingue pas.

Donc, ni les droits du mari sur les biens qui lui sont remis, ni la destination de ces biens, ni le droit de la femme à obtenir après le divorce des moyens de subsistance ne font de la dot au *vi^e* siècle de Rome une institution identique à notre dot.

L'étude qui va suivre va nous montrer comment peu à peu la dot romaine a revêtu les caractères qu'elle a transmis à la nôtre. Nous avons vu comment, avant Auguste, la femme qui n'avait pas stipulé au moment du mariage la restitution totale ou partielle de la *res uxoria*, en cas de divorce était privée de la *condictio* et n'avait pour obtenir satisfaction que l'autorité morale attachée aux sentences de l'*arbitrium*. Ce sont les lois

d'Auguste qui créèrent à la charge du mari une obligation proprement dite de restituer, en accordant à la femme une véritable action civile : l'action *rei uxoriæ*.

A partir de ce moment le droit de la femme s'est modifié dans la mesure où naissait l'obligation du mari. Autrefois, le mari était propriétaire de la dot et la conservait en principe entre ses mains après le divorce ; l'*arbitrium* n'avait pour but que de lui indiquer ce qu'il devait équitablement en distraire selon les circonstances ; maintenant, au contraire, c'est la femme qui a droit à toute la dot : le rôle du juge, inverse de celui de l'arbitre, est d'autoriser des retenues au profit de l'épouse, en vertu de certaines causes de divorce prévues par la loi, ou encore la quantité de ces retenues si la femme était fautive.

On voit donc que la nature du droit de la femme était complètement transformée, c'est elle, en principe, qui peut reprendre sa dot, sauf à en laisser une petite part entre les mains de son mari, et il faut reconnaître déjà que ce droit de la femme à une restitution intégrale sur les biens qu'elle a apportés ressemble singulièrement à la persistance de son droit de propriété antérieur au mariage. On s'en aperçut bientôt, mais sans oser le déclarer (1).

(1) Julien, D., XLIV, 7, 19. *Ex promissione dotis non videtur lucra-*

Il convient donc ici d'examiner quels sont les caractères de la dot à cette période de son évolution dans le droit romain. Au lieu d'être le bien entrant dans le patrimoine du mari, en même temps que la femme dans la maison de l'époux, cette dot a perdu toute apparence de donation (1) ; du jour où elle n'avait plus l'utilité de servir de preuve des *justæ nuptiæ*, il fallut bien en justifier autrement l'existence, elle devint un apport (2) fait au mari pour l'aider à supporter les charges du ménage (3). Seulement cet apport ne se confond pas avec la fortune du mari, il constitue une universalité juridique distincte, vivant d'une vie propre, avec un passif et un actif, dont le jeu pourra renouveler les éléments (4) qu'elle contient, sans qu'elle perde le caractère dotal, c'est-à-dire sans cesser d'être sujette à restitution. Cette conception même de l'institution devait avoir pour résultat d'obliger le mari à se dessaisir de

tiva causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur qui dotem petit.

(1) Marcianus, D., xx, 6, 8, § 13, *ad formulam hypothecariam*.

(2) La dot est une donation au mari dans un seul cas : constituée par un tiers *animo donandi*. Le constituant jouit du bénéfice de compétence accordé par Antonin le Pieux à ceux : *qui ex liberalitate conveniuntur*. Ulpien, D., xxiii, 3, 33.

(3) Certains jurisconsultes parlent de la propriété de la femme sur la dot. Ulpien, D., iv, 4, 3, § 5. Tryphoninus, D., xxiii, 3, 75.

(4) Echange, Modestin, D., xxiii, 3, 26 ; Ulpien, *eod.*, 27 ; Gaius, *eod.*, 54, cf. sur ce texte Pellat, 242. Partage ; le mari ayant reçu une soulte. Tryphoninus, *eod.* 78, § 4.

la dot, dès que, par la rupture du mariage, les charges qui en résultent avaient disparu ; mais la simple obligation aurait été inefficace si des mesures préventives n'avaient sauvegardé jusqu'entre les mains du mari les biens qui en faisaient l'objet.

SECTION III

Garanties de conservation et de restitution de la dot

Pour atteindre ce double but, trois moyens furent employés : 1° on régla l'administration du mari pendant le mariage ; 2° on précisa les biens que la femme pouvait réclamer à la dissolution ; 3° on attribua certaines garanties à la créance de la femme.

§ 1. — *Administration du mari.*

Il va sans dire que le mari, en tant que propriétaire de la dot, va, dans cette période, pouvoir exercer dans toute sa plénitude son droit de propriété ; il pouvait intenter les actions qui la protègent : user et jouir de la dot et même au début en disposer (1). Mais ici apparaît, au VIII^e siècle de

(1) Exemple d'action protégeant la dot : *la condictio furtiva*.

Rome, la première et on peut dire la plus forte restriction à ce droit absolu, celle qui imprimera son sceau au régime dotal tout entier, qui traversera les siècles et le différenciera des autres régimes matrimoniaux, à savoir la défense d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme.

C'est la loi *Julia de adulteriis* qui, dans son chapitre *de fundo dotali* introduit cette innovation (1). Encore ne faut-il pas attribuer à cette restriction un effet général, bien timide au contraire est cette marque de défiance (2) à l'égard de la gestion du mari. Sur la plus grosse partie de la dot, remise entre ses mains, son pouvoir est sans limites ; ni les meubles, ni les fonds provinciaux ne tombent sous l'application de la loi *Julia*. Il est même un cas où le fonds italique échappe à la prohibition ; celui où il a été livré au mari avec estimation (3). Par contre, le fonds italique constitué purement et simplement en dot est sauvegardé, non seulement contre les aliénations du

Gaius, D., XLVII, 2, 49, § 1, le droit de jouissance du mari s'étend aux fruits, non au trésor. Ulpian, D., XXIV, 3, 7, § 12.

(1) Loi du règne d'Auguste, antérieure à la mort d'Horace (746) qui, dans une de ses odes, parle des peines édictées par cette loi contre le *stuprum*. Cette loi est sans doute postérieure à la loi *Julia de maritandis ordinibus*, elle eut pour objet principal la répression de l'adultère ; on y joignit un chapitre *de fundo dotali*.

(2) Paul, *Sent.*, 2, 24 b., 2 : *Lege Julia de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus invita uxore alienet.*

(3) A moins que l'estimation n'ait été faite que *taxationis causa*.

mari, mais encore contre toute cause de perte totale ou partielle autre que les aliénations nécessaires. Ainsi le fonds italique est imprescriptible, c'est-à-dire que l'usucapion ne court pas à l'égard de ce fonds, y eût-il même négligence du mari (1), celui-ci ne peut pas davantage constituer sur ce fonds dotal de servitude réelle ou personnelle, ni laisser éteindre, par non usage, une servitude prédiale attachée à un tel fonds (2). Il ne saurait le grever d'un usufruit.

La combinaison de la loi Julia avec un édit d'Auguste sur l'intercession de la femme fit faire un nouveau pas aux mesures de protection accordées à celle-ci en interdisant absolument au mari d'hypothéquer le fonds dotal italique, même avec le consentement de la femme.

Il faut avouer pourtant que les dispositions de la loi Julia étaient en réalité bien insuffisantes pour beaucoup gêner les maris ; la timidité de leurs prohibitions se trahit dans la manière même dont elles sont sanctionnées. Les aliénations, consenties en violation de la loi, ne sont pas nulles de plein droit ; car la mesure de la gravité de l'in-

(1) Paul, D., L, 16, 28 pr. Mais l'usucapion commencée avant le mariage continue à courir ; Typhoninus, D., xxiii, 5, 16. Le Code civil français a hésité entre le système romain et un système inverse, aussi les deux articles 1561 et 2255 ont-ils été accusés de contradiction.

(2) Ulpian, D., xxiii, 5, 5.

fraction se trouve dans l'intérêt de la femme, et celle-ci peut n'avoir pas été lésée.

Il y a plus. Le mari, à la dissolution du mariage, conserve quelquefois la dot (1), par exemple : lorsque c'est lui qui survit, ou encore, après le divorce, lorsque la femme décède sans avoir intenté l'action *rei uxoriæ* ; le mari n'ayant alors rien à craindre de la part des héritiers, l'aliénation serait maintenue. Bien mieux : durant le mariage et du vivant de la femme, l'aliénation sera validée par la ratification de celle-ci sans qu'il soit besoin d'attendre la fin de l'union conjugale pour être fixé sur le sort des biens vendus.

Il apparaît donc que l'innovation introduite par Auguste se réduit à peu de chose ; observation qui n'est pas faite pour diminuer l'étonnement que cause la prodigieuse fortune de la loi Julia à travers les siècles. Sans doute, ce texte répondait-il, à son apparition, à un besoin réel de la société romaine, puisque la protection qu'il accorde à la femme est encore consolidée et par la manière dont la femme peut faire valoir ses droits et par la consistance des biens sur lesquels portent ces droits.

(1) Papinien, D., xli 3, 42 ; Scævola, xxiv, 3, 50.

§ 2. — *Biens à restituer à la dissolution du mariage.*

Quels sont donc les biens que la femme peut réclamer à la dissolution du mariage?

En principe, ce serait les biens composant sa dot purement et simplement ; mais cette formule serait trop restreinte pour s'adapter à la multiplicité des phénomènes économiques, possibles à l'occasion d'une constitution de dot ; la jurisprudence romaine nous offre à ce sujet l'exemple de nombreuses combinaisons que justifient les différences soit dans la composition des fortunes, soit dans les mœurs des divers peuples soumis à une même législation.

Le mari devait-il restituer des quantités, il en fournissait autant et du même genre que celles par lui reçues, eussent-elles péri par hasard, seulement la loi lui accordait un délai pour se libérer (1).

La dot consiste-t-elle en un corps certain : un immeuble, un meuble non estimé, le mari devait la restituer telle qu'il l'avait à la dissolution du mariage ; il était tenu de son dol et de

(1) Gaius, D., xxiii, 3, 42.

sa faute *in concreto* (1) non des cas fortuits (2).

Une coutume très répandue est à signaler ici ; à savoir l'estimation des corps certains apportés en dot (3). L'estimation pouvait recevoir deux interprétations différentes, valait-elle vente, suivant la maxime : *æstimatio est venditio* ? ce qui est dotal, ce n'est plus le bien, c'est le montant de l'estimation, car puisque le mari est supposé acheteur des biens dotaux, il rendra l'estimation à la dissolution du mariage. L'autre interprétation suppose que les parties n'ont eu d'autre but que de préparer et simplifier le règlement de compte éventuel en évitant toute discussion au moment où ne subsistent plus du mariage que les éléments pécuniaires ; l'estimation est alors déclarée faite *taxationis causa*. C'est le montant de cette estimation que devra rendre le mari à défaut de la chose elle-même disparue par sa faute (4). En résumé, le mari est obligé à restituer tantôt en nature, tantôt en argent.

(1) Paul, D., xxiii, 3, 17.

(2) Fr. Sinaï, 11 et 13. En général, il se libérait par trois annuités (*annua, bima, trima die*). Une loi antérieure à Scipion accordait cette faculté au constituant de dot pour la *numeratio dotis* (Polybe, xxxii, 13, 5 : Κατα τους Πρωμπίων νομους). On admit par réciprocité cette règle pour la restitution de la dot (Ulpien, vi, 8).

(3) Cette coutume était déjà connue de Labéon : Javolenus, D. xxiii, 4, 32.

(4) Papinien, D., xxiii, 3, 69, § 7, et Javolenus, D., xxiii, 4, 32, pr.

Quant aux revenus, le mari, propriétaire de la chose, profite des accessoires, fussent-ils autres que de simples fruits (1). Ceux-ci sont d'ailleurs régis par des règles spéciales. Le mari ne doit évidemment pas la valeur de ceux qui ont été consommés pendant le mariage ; ils ont servi à subvenir aux frais du ménage, c'était leur destination, obliger le mari à les rendre serait enlever à la dot son utilité, c'est-à-dire sa raison d'être, puisqu'en définitive, après cette restitution, le mari aurait seul pourvu à l'entretien de la famille.

Pour les fruits de la dernière année, ils seront partagés entre l'homme et la femme de la manière suivante : Deux parts en sont faites ; l'une proportionnée à la durée du mariage pendant cette dernière année reste au mari ; le surplus appartient à la femme (2).

Pour terminer ces notions sur le compte intervenant entre le mari et la femme à la dissolution du mariage, il faut mentionner que le juge a souvent à déterminer le chiffre des retenues auxquelles le mari pouvait avoir droit sur le montant de la dot pour un certain nombre de causes énumérées par Ulpien (3).

(1) Scævola, D., xxiv, 3, 50 ; Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, 50.

(2) Ulpien, D., xxiv, 3, 7, § 1.

(3) *Propter mores, impensas, res donatas, res amotas*. Ulpien, v et vii.

§ 3. — *Garanties de restitution de la dot.*

Reste à examiner la question capitale au point de vue de notre sujet, des garanties créées par le législateur romain pour assurer à la femme la restitution de sa dot.

Deux préoccupations doivent régner dans l'esprit de la femme :

D'un côté retrouvera-t-elle, entre les mains du mari, les biens que celui-ci est tenu de lui remettre en nature ?

D'un autre côté, quant aux biens dont il lui doit seulement la valeur, le mari sera-t-il suffisamment solvable à la dissolution du mariage.

Pour le maintien entre les mains du mari des biens restituables en nature, la législation romaine a institué un savant régime, de puissantes garanties ; régime qui a traversé les siècles, dont la théorie de la dot incluse est la plus récente et, espérons-le, la dernière expansion.

Il va sans dire que la meilleure garantie pour la femme était précisément cette impossibilité d'aliéner sans son autorisation, qu'avait édictée Auguste à l'encontre du mari ; la jurisprudence l'avait compris en l'étendant en une certaine mesure à la période des fiançailles, de même que à

celle qui suit le divorce ou le décès de la femme (1).

Restaient les cas où le mari était débiteur d'une somme d'argent, soit qu'il s'agît des biens qu'il n'était tenu de restituer qu'en valeur, soit des biens qu'il devait restituer en nature, mais qu'il avait aliénés du consentement de la femme, aliénation qui avait transformé son obligation en dette pécuniaire.

C'est ici que nous allons voir le droit romain, dans son évolution, accumuler les garanties d'une manière systématique, devenant dangereuse par l'exagération des mesures prises.

Auguste commença par faire de la créance de la femme une créance privilégiée (2). Celle-ci put, sur les biens du mari insolvable, se faire payer avant les créanciers chirographaires (3). Fallait-il s'en tenir là ; car grâce au privilège combiné avec la loi Julia il y avait toute chance que l'apport dotal retournât à la femme. En effet : le mari s'est-il arrêté devant le refus de celle-ci de consentir à l'aliénation ? Elle retrouvera les biens dans les mains du mari. Celui-ci a-t-il passé outre au refus de consentir à l'aliénation, la femme qui

(1) Gaius, D., xxiii, 5, 4 ; Paul, D., xxiii, 5, 3, § 1.

(2) Mais ce privilège était purement personnel à la femme : C., vii, 74, 1.

(3) Ulpien, D., xxiv, 3, 22, § 13.

ne retrouve pas les immeubles mêmes, trouve du moins entre les mains de son conjoint une action en revendication (1) qu'elle pourra se faire céder par préférence aux créanciers chirographaires et par laquelle elle obtiendra satisfaction.

A ces garanties déjà si importantes, accordées par le droit civil, le prêteur avait ajouté la *missio in possessionem dotis servandæ causa* (2) en faveur de la femme veuve. Terminant par la sauvegarde de la dot en cas de confiscation des biens du mari (3), on a l'ensemble des mesures prises pour protéger les droits de la femme sous le règne d'Auguste ; sans doute étaient-elles efficaces puisqu'elles furent tenues pour suffisantes pendant deux siècles.

Il convient cependant, avant d'examiner la dernière phase de l'évolution qui nous occupe, de rappeler certaines mesures d'un caractère spécialement romain qui vinrent s'ajouter aux protections déjà signalées. Nous voulons parler du sénatus-consulte Velleien et de l'interdiction faite à la femme d'intercéder (4). C'est à Auguste qu'il faut reporter le mérite de cette innovation favo-

(1) C'était peut-être une action utile ou une action de mandat. D., xxxi. 77, § 5.

(2) Marcellus, D., xlv, 3, 48 ; Ulpien, D., vi, 1, 9.

(3) *Contra*, Paul, v, 12, 10. Cette règle n'était pas admise sous la République : Sylla, par exemple, confisqua la dot de la femme de Jules César avec le reste du patrimoine.

(4) Ce sénatus-consulte date de l'an 46 après Jésus-Christ.

nable à la femme. Un édit contemporain de la loi Julia interdit aux femmes mariées d'intercéder pour leur mari. Si, plus tard, le Sénat étendit la prohibition à toutes les femmes et à toute intercession, c'est seulement à l'égard du mari qu'elle nous intéresse ; car elle eut pour résultat indirect d'empêcher celui-ci d'hypothéquer (1) l'immeuble dotal, même avec l'adhésion de sa femme. Il aurait pu le faire, en vertu de la loi Julia du consentement de celle-ci ; mais à partir du Velleien ce consentement n'était plus admis puisqu'il aurait été une intercession (2) ; en le donnant, en effet, la femme renonçait dans l'intérêt de son mari au recours qu'elle avait contre lui.

Nous arrivons ainsi au régime dotal organisé par Justinien. Il correspondait à un nouvel état social très différent de celui qu'avaient connu les premiers Césars. Ceux-ci, d'ailleurs, ignorants ou dédaigneux du Christianisme naissant, n'avaient pas deviné l'influence future qu'il devait avoir même sur la législation impériale. Sous Justinien les garanties accordées à la femme vont se multiplier et lui assurer la restitution de sa dot.

Déjà la loi Julia, le Velleien avaient organisé

(1) *Ne marito liceat obligare aut alienare.* Gaius.

(2) Ce n'aurait pas été une intercession si la femme y avait trouvé aussi un avantage personnel. Gaius, D., xvi, 1, 13, pr. ; Callistrate, D., xvi, 1, 24, pr.

deux protections importantes, le second protégeant la femme même contre sa propre faiblesse, puisqu'il lui défendait d'autoriser le mari à hypothéquer le fonds dotal. Plus tard, les doctrines des Pères de l'Eglise, saint Ambroise et saint Augustin (1) par exemple, en faisant de la femme un être inférieur invitaient le législateur à la protéger davantage.

Signalons en passant qu'une considération déjà ancienne tournait de nouveau les préoccupations du législateur vers le droit des enfants (2), non seulement aux biens, mais encore à l'éducation, et faisait accorder au mari la faculté de retenir sur la dot les fonds nécessaires pour les élever.

a) Quels sont les pouvoirs du mari? Ils s'étendaient sur un plus grand nombre de biens, mais d'une part ils sont plus strictement limités par l'obligation de restituer.

L'usage se répand, sous l'influence des Pères de l'Eglise, de confier au mari l'administration des paraphernaux eux-mêmes. Il est vrai qu'à l'égard de ces biens, celui-ci n'est que le mandataire (3)

(1) Lefebvre, Leçons, 191; 493: doctrine de saint Ambroise (Epître *ad Vercellum*) et de saint Augustin (Epître 262).

(2) Un exemple frappant de cette tendance a ses débuts avait été, en 178 après Jésus-Christ, la promulgation du sénatus-consulte Orfitien sous Marc-Aurèle et Commode (Inst., III, 4), qui appelait les enfants avant tout agnat à la succession de leur mère.

(3) Théodose et Valentinien, C., v, 14, 8 (préfecture d'Orient).

de la femme, mais encore ses pouvoirs sont-ils considérables, puisqu'il peut seul aliéner les immeubles de la femme mineure de 20 ans.

D'autre part, il existait un obstacle à la fusion complète des intérêts des deux époux, à leur solidarité pécuniaire, corollaire indispensable de leur solidarité morale, à savoir : le sénatus-consulte Velleien. Le Bas Empire chrétien entreprit de réaliser le *consortium totius vilæ* conseillé par l'Évangile : les Empereurs des iv^e et v^e siècles autorisèrent la femme à renoncer au bénéfice du Velleien. Mais sur ce point la réaction ne devait pas tarder à se faire : en 556, une constitution de Justinien rappela les rigueurs de l'Edit de Claude (1). Il ne devait pas s'en tenir là, pressé par l'idée qu'il faut à la femme une protection contre elle-même, il lui interdit bientôt toute sorte d'intercession, fût-ce pour un étranger.

b) Quant à la détermination des biens, que la femme aura le droit de réclamer à la dissolution du mariage, ce sont les mêmes qu'à la période précédente, avec cette remarque que le mari voyait le plus souvent son obligation augmentée par la nécessité de rendre compte des parapher-naux qu'il avait administrés. Il en était résulté pour lui, le droit de disposer des fruits perçus

(1) Anastase ; C., iv, 29, 21.

pendant le mariage, ce qui d'ailleurs simplifie les opérations de liquidation. En outre, Justinien permet d'apprécier *in concreto* les fautes de l'époux administrateur des paraphernaux.

Les biens dotaux, proprement dits, sont régis par les mêmes règles que sous Auguste : tout au plus, à l'égard de la transformation que Justinien opère, de l'action *rei uxoriæ*, peut-on remarquer : 1° qu'il ne tient plus compte des causes de dissolution du mariage pour dispenser le mari de la restitution totale ou partielle de la dot ; le mari ou ses héritiers y étant soumis dans tous les cas (1).

2° Les immeubles doivent être vendus sans délai, les meubles, dans l'année, distinction moins rationnelle que celle des corps certains et des choses de genre ou mieux encore, moins rationnelle que celle des restitutions en nature ou en argent.

C'est surtout à l'égard des garanties protégeant la créance de la femme que Justinien a innové.

Tout d'abord (puisque nous avons parlé des paraphernaux) signalons l'hypothèque légale accordée à la femme, sur les biens du mari, en prévision d'une gestion malhonnête ou simplement

(1) La dot est restituée au constituant : père de famille ou tiers quelconque. C., v, 13, §§ 13 et 14. Cependant une loi de Théodore II laisse au mari $\frac{1}{6}$ ou $\frac{1}{2}$ de la dot dans l'intérêt des enfants et selon leur nombre (Cuq, *Institutions romaines*, t. II, p. 807).

maladroite. Quant aux biens dotaux, la protection a varié rapidement sous ce régime, acquérant chaque fois plus d'efficacité ; en 529, une première constitution impériale accorde à la femme une créance privilégiée sur les biens dotaux (1) ; en 530, la femme obtient une hypothèque sur les biens du mari pour remplacer son ancien *privilegium inter personales actiones*, qui n'était opposable qu'aux créanciers chirographaires : hypothèque qui présente cette particularité de prendre rang au jour du mariage, même pour les créances de la femme, nées au cours de l'union conjugale (2).

Justinien ne s'en tint pas là ; considérant que par un régime hypothécaire dépourvu de publicité, la femme était à la merci d'une entente frauduleuse entre le mari et ses créanciers hypothécaires, entente qui pourrait attribuer à leur créance une date antérieure au mariage et, par voie de conséquence, assigner à l'hypothèque de ses créanciers un rang préférable à celui de la femme, Justinien, dans une dernière constitution promulguée en 531, fait de l'hypothèque de celle-ci

(1) *Si tamen extant*, dit le texte ; d'où la controverse : sont-ce ceux qui existent matériellement ? ou bien ceux qui font partie du patrimoine actuel du mari sans comprendre ceux que le mari aurait valablement aliénés ?

(2) C., v, 13, 1, § 1, cette constitution ruinait le crédit des hommes mariés.

sur les biens du mari une hypothèque privilégiée (1), il la classe même avant les hypothèques consenties par le mari antérieurement au mariage.

En résumé, le droit du mari, sur les biens dotaux, a parcouru l'évolution suivante :

Commencé par la pleine propriété, résultant d'une simple donation des biens de la femme à son époux, le droit de celui-ci s'est vu restreindre peu à peu par l'obligation de restituer et par les garanties dont on l'a muni. D'abord conventionnelle, puis tacite, longtemps l'obligation de restituer a répondu à des nécessités sociales et au sentiment humanitaire qui cherchait à assurer aux femmes divorcées des moyens d'existence. Le jour où le nombre croissant de celles-ci devint un danger pour la cité, le législateur, voulant arrêter la licence, encourage la cupidité ; le droit de la femme s'affirme dès lors sur son patrimoine dotal. Mais si la loi commence à protéger sa créance, elle en diminue l'importance, en offrant au mari de nombreuses causes de rétention. Justinien décide enfin que, dans tous les cas, la femme reprendra toute sa dot ; sauf au mari à

(1) Cf. C. c., art. 1572. Cette constitution a été inspirée à Justinien par des influences féminines : C., VIII, 48, 42, pr. *Adsiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*. On en a dit qu'elle ruinait le crédit des célibataires (Girard, *Manuel de droit romain*, p. 936.)

agir selon les règles du droit commun, par les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum* pour les impenses qu'il a faites. Nous voilà donc en présence de biens qui n'entrent jamais définitivement dans la fortune du mari, sur lesquels celui-ci n'a plus qu'un droit « essentiellement temporaire ». Est-ce un droit de propriété ? Les rédacteurs du Code civil rencontrant le droit de jouissance et d'administration du mari n'ont pas hésité à y voir un droit d'usufruit. Les Romains ne l'ont pas osé. Leur traditionnalisme se serait effarouché d'une pareille révolution dans les mots. A s'en tenir aux textes du droit classique, on a pu invoquer Ulpien et Tryphonien (1), pour soutenir que la propriété de la dot restait à la femme ; mais les expressions que ces jurisconsultes emploient, ne s'appliquent qu'au droit éventuel sanctionné par l'action *rei uxoriæ*, qu'à l'avantage tiré pendant le mariage des biens dotaux affectés aux charges du ménage. Justinien semble partager cette opinion, lorsqu'il dit que la dot n'était au mari que par la subtilité du droit, mais était à la femme en droit naturel (2), ajoutant que celle-ci a une action en revendication de ses biens dotaux à la dissolution du mariage. Malgré ces arguments, le droit de propriété de la femme n'est formulé nulle part de

(1) Ulpien, D., IV 4, 3, § 5 ; Tryphoninus, D., XXIII, 3, 75.

(2) C., V, 12, 30.

manière précise ; si les textes précités peuvent s'interpréter autrement, il faut du moins reconnaître qu'en 530 une nouvelle constitution interdit au mari d'aliéner l'immeuble dotal, même du consentement de la femme, ce qui implique la propriété du mari, dans le même sens, l'action hypothécaire privilégiée donnée à la femme sur les biens dotaux ne saurait se concilier avec le droit de propriété qui lui appartiendrait d'après les auteurs précités.

Ainsi, le droit romain aura peut-être entrevu la persistance du droit de propriété de la femme pendant le mariage, mais il ne l'a formulé nulle part. Il faudra attendre notre Code civil pour le voir reconnaître expressément.

Si les Romains n'ont pas osé admettre ce droit, ils ont laissé planer encore plus d'incertitude sur le droit de la femme, à la dissolution du mariage. Que demande-t-elle, en effet ? La restitution de sa dot, c'est-à-dire, qu'elle veut faire rentrer les biens dotaux dans son patrimoine, pour les y retrouver tels qu'ils étaient au moment de la constitution de dot. C'est donc un phénomène inverse de la constitution de dot qui va se produire ; ce serait bien mal connaître l'esprit du droit romain que d'imaginer, pour revenir à une situation juridique, un autre procédé que celui qui avait servi à la modifier.

Que s'est-il passé quand le mari a reçu la dot ? Il en est devenu propriétaire. Mais la constitution de dot, pas plus que les autres causes d'acquisition de la propriété, n'était par soi-même translatrice de propriété ; il a fallu, pour chacun des biens qui composent la dot, employer celui des modes de transfert qui convenait : mancipation, tradition, *in jure cessio*, acceptilation, etc. C'est par le même mode que les biens retourneront du patrimoine du mari dans celui de la femme ; dès lors, nous comprenons ce que celle-ci réclame quand elle demande sa dot : elle réclame du mari l'accomplissement des formalités qui lui feront acquérir de nouveau la propriété des biens dotaux. C'est une obligation de faire dont est débiteur le mari, de faire tout le nécessaire juridique, pour retransférer la propriété à la femme.

Des distinctions sont toutefois nécessaires, suivant les biens sur lesquels porte l'obligation de restituer.

La dot contenait-elle des meubles certains estimés, le mari devenu propriétaire a pu les aliéner à bon droit pendant l'union conjugale, et la femme n'est plus alors que créancière du montant de l'estimation.

Y avait-il des choses de genre, des quantités, c'est encore à bon droit qu'elles ont été aliénées

par l'époux qui voulait en tirer parti ; la femme est créancière de l'équivalent.

Enfin, la dot consistait-elle en corps certains, meubles non estimés ou immeubles même estimés, c'est sur le corps certain que porte alors le droit de la femme, si l'objet existe encore dans le patrimoine du mari, mais comme celui-ci n'en aura pas moins été propriétaire, il a pu aliéner ce bien pendant le mariage, sans que l'acquéreur ni la femme aient le droit de s'inquiéter de cette aliénation.

En conséquence, à l'époque antérieure à la loi Julia, si le mari avait disposé des choses dont il était propriétaire, le droit de la femme de reprendre sa propriété se transformait en créance, le mari ne retransférait la propriété que des choses dont il n'avait pas disposé.

Que dit la loi Julia ? Elle défend d'aliéner les immeubles sans le consentement de la femme ; quant aux meubles, elle n'en parle pas. A partir de la loi Julia, la question pourra se poser de savoir si l'aliénation des meubles par le mari exige aussi le consentement de la femme et Justinien la rendra plus pressante. Il se vante d'avoir introduit une juste sévérité dans la législation : *Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus* (1). Son œuvre principale fut

(1) Justinien, *Institutes*, LII, t. VIII, pr.

d'interdire au mari l'aliénation de l'immeuble dotal, fût-ce du consentement de la femme, mais là encore le texte est muet en ce qui concerne les meubles.

SECTION IV

Question d'inaliénabilité de la dot mobilière.

Le silence des lois romaines a donné naissance à la fameuse controverse sur l'inaliénabilité des meubles non estimés compris dans la dot mobilière.

Certains auteurs veulent que cette partie de la dot mobilière ait été à Rome librement aliénable par le mari. Ils s'appuient d'abord sur les textes, qui partout n'emploient que des expressions se référant aux seuls immeubles ; la loi Julia dit : *Dotale prædium*, la constitution de Justinien : *Fundum dotalem* et le titre du Digeste est : *De fundo dotali* ; ils invoquent, en outre, plusieurs dispositions législatives, par exemple, celle qui permet au mari, sans le consentement de la femme, d'affranchir l'esclave dotal (1), ou celles par lesquelles le mari peut disposer des créances dotales, faire

(1) D., xxxviii, 16, 3, § 2. Cujas (*ad Cod.*, liv. V, tit. XIII, l., I, § *cumque*) fait observer qu'affranchir n'est pas aliéner, cependant les lois confondaient, dans leurs dispositions, l'un et l'autre.

novation (1) ou faire acceptilation à titre de libéralité d'une créance reçue en dot (2), enfin remettre sa dette à un débiteur (3). Un auteur ancien appuie cette opinion de son autorité. Théophile, dans sa paraphrase grecque, sur les *Institutes* de Justinien qui étaient elles-mêmes en partie son ouvrage, insiste sur ce point que c'est le fonds dotal seul qu'atteignait la défense de la loi Julia. Peut-être faudrait-il, avec Cujas (4), restreindre la portée de cette interdiction, car ce n'est en réalité que la *res soli* dont Justinien interdit l'aliénation quand elle a été l'objet d'une constitution de dot.

Si telle est l'opinion de la majorité, d'autres commentateurs (5), il faut le reconnaître, ont un avis divergent, sinon opposé.

Ils proposaient une distinction : les meubles qui sont par nature insusceptibles de conservation étaient évidemment à la disposition du mari,

(1) D., xxiii, 3, 35.

(2) *Ibid.*, fragment 36.

(3) Javolenus, D., xxiv, 3, 66, § 6.

(4) Cujas (ci-dessus) observe que la prohibition d'aliéner de la loi Julia, aggravée par Justinien, ne concernait que les *res soli*. Il enseigne donc avec le *Digeste* (xxiii, 3, 32) que nonobstant la nature immobilière du droit de superficie, le mari pouvait, avec le consentement de sa femme, aliéner *superficiem ædificii dotalis*, et il cite une foule de textes où la loi Julia est rappelée comme disposant uniquement à l'égard du fonds dotal, de l'héritage dotal.

(5) Voir les auteurs cités par Tissier. Questions sur la dot, n° 81.

qui pouvait les aliéner sans consulter sa femme ; sur ce point tout le monde peut tomber d'accord avec ces auteurs ; mais les autres meubles, c'est-à-dire les autres corps certains mobiliers, constitués en dot sans une estimation valant vente, n'auraient pas été aliénables au seul gré de l'époux. Ces auteurs pensent qu'il faut pour les aliéner le consentement de la femme, même ce consentement devra être renouvelé au bout de deux ans, et encore aurait-il été insuffisant, si le mari n'avait pas, par ailleurs, d'autres biens répondant du prix retiré par lui de la vente. La conséquence de cette doctrine assimilant les meubles non estimés aux immeubles serait que, sous Justinien, cette catégorie de meubles n'eût pas été aliénable, même du consentement de la femme.

Cette doctrine s'appuie uniquement sur deux textes : une novelle de Justinien (1) et l'authentique *Sive a me*. Or, les partisans de la thèse précédente remarquent que ni l'un ni l'autre des textes ne statuait à l'égard de la dot, mais seule-

(1) Novelle 61, chap. 1, § 3. Cette novelle, après s'être occupée des immeubles compris dans la donation à cause de nocces, et avoir déclaré que, moyennant le consentement de la femme, réitéré deux ans après avoir été donné, l'aliénation et l'hypothèque en seraient valables, s'il restait au mari des biens suffisants pour remplir sa femme de la donation à cause de nocces, finissait par disposer qu'il en serait de même à l'égard de la dot. C'est de la même Novelle qu'a été tirée l'authentique : *Sive a me*. C., IV, 29, 21.

ment à l'égard de la donation, à cause de noces. Si le texte rapproche la dot de cette donation, c'est d'une façon très peu explicite pour en tirer les conséquences qu'on aurait voulu en déduire.

Puisque l'aliénabilité de la dot mobilière romaine est, en général, admise aujourd'hui, dirons-nous pour cela que le droit romain se désintéresse des meubles qui ont été livrés au mari ? Ce serait aller trop loin, et il avait été pourvu à ce que la femme n'éprouvât pas de dommages de ce chef.

Deux armes lui avaient été fournies : une action, une sûreté réelle.

L'action était, soit une action en revendication, soit une action hypothécaire (1), l'une suppose que la femme est propriétaire des biens dotaux, l'autre qu'elle ne l'est pas et cela nous permet de remarquer, en passant, l'indécision des jurisconsultes latins sur la question de savoir, dans le dernier état du droit, qui était propriétaire de la dot : le mari ou la femme.

Le texte qui donne à la femme ces deux actions, ajoute que la prescription courra contre la femme, à raison des aliénations faites par le mari, non du jour de ces aliénations, non pas non plus du jour de la dissolution du mariage, mais du jour

(1) C., V, 12, 30.

où le mari devient insolvable, *cum maritus incipit labi facultatibus* (1). Qu'est-ce à dire sinon que c'est avec l'insolvabilité du mari que naît pour la femme le droit d'exercer son action.

Il faut distinguer deux cas suivant l'époque où se produit l'insolvabilité : 1^o elle peut être postérieure à l'aliénation faite par le mari ; dans ce cas la femme revendiquera entre les mains du tiers détenteur ses biens dotaux encore existants, *si tamen exstant*, comme si elle n'en avait jamais perdu la propriété ; ou bien elle exercera son action hypothécaire, comme sur tout autre bien du mari, hypothéqué à sa créance ; 2^o le mari peut avoir disposé des meubles dotaux étant déjà en déconfiture. Ici les principes généraux du droit suffiront pour garantir la femme : l'insolvabilité du mari autorise celle-ci à exiger le montant de sa dot (2) (mobilière ou immobilière), elle constitue donc celle-ci créancière de son époux et dès lors toute disposition, de sa part à lui, est faite en fraude des droits d'une créancière (3), c'est-à-dire est entachée de nullité (4).

Il va sans dire qu'une condition indispensable de l'exercice des actions était la survie matérielle

(1) Cujas, *Resp. Pap.*, lib. XIII, l. I, t. I, *op. posth.*, p. 551.

(2) D., XL, 1, 21.

(3) D., XL, 9, 10.

(4) Cujas, *Resp. Pap.*, liv. XIII, l. I, t. I, *op. posth.*, p. 488.

de ces objets à leur disparition du patrimoine conjugal ; on ne revendique pas le néant, l'inexistant ne peut être hypothéqué, mais cette condition nécessaire n'était pas suffisante pour assurer le triomphe de la femme, nous venons de voir qu'il fallait encore qu'elle courût le risque de la ruine (1), consécutive à celle de son mari ; si la loi voulait empêcher que la femme demeurât sans ressources, elle ne pouvait assurer l'intégrité des biens dotaux. La seconde arme fournie à la femme pour défendre sa fortune était une sûreté réelle. Ici encore nous aurons à faire une distinction : deux hypothèses sont possibles : ou il était intervenu une convention d'hypothèque entre les époux au moment du mariage, ou bien la femme n'a que son hypothèque légale.

Une convention d'hypothèque lie-t-elle les conjoints ? La femme a dû obtenir une sûreté telle qu'elle garantisse tous les biens dotaux non protégés par l'interdiction de la Loi Julia aggravée par Justinien. Dès lors, il suffira à la femme d'obtenir, non pas la restitution juridique des biens dotaux, eux-mêmes, mais la mise en possession des biens frappés de cette hypothèque conventionnelle, elle en aura la jouissance et les administrera dans l'intérêt commun (2). L'hypo-

(1) Perezius (*Prælect. in Cod.*, lib. V, tit. XXIII, n° 6, p. 392).

(2) C., v, 12, 29.

thèque légale existe-t-elle seule ? Elle protégera la femme comme l'hypothèque conventionnelle précédente quand elle porte sur les biens du mari ; mais elle peut aussi, à la volonté de la créancière (1), porter sur les biens dotaux, ce qui lui donnera un droit de suite sur eux, un droit qui lui permettra de les atteindre entre les mains de tiers détenteurs.

On ne saurait nier que le droit romain ait ainsi rigoureusement protégé la dot mobilière dont il permettait l'aliénation par le mari. Pourtant ce n'est pas cette aliénation qu'il semblait redouter le plus, car cette dot mobilière est plus énergiquement défendue encore quand les circonstances l'ont remise aux mains de la femme. Que l'on prévienne la faiblesse du sexe ou l'inaptitude aux affaires, les actes que peut accomplir l'épouse semblent plus périlleux que la gestion de l'époux. La première manifestation de cette défiance du législateur est l'interdiction presque absolue faite au mari de restituer la dot à la femme pendant le mariage (2). Les quelques dérogations prévues par les textes sont toutes, comme il convient, en faveur de la femme ou de sa famille et pour des motifs impérieux.

Nous avons étudié le cas principal : l'insolva-

(1) C., v, 13, 1, § 1.

(2) C., v, 19. *Lex unica*. Nouvelle 22, cap. 39.

bilité du mari ; pour les autres, l'énumération la plus naturelle est contenue au *Digeste* (1) :

Manente matrimonio, non perdituræ uxori, ob has causas dos reddi potest ; ut se, suos que alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti præstet alimenta, aut, ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat... ut a latronibus redimeret, necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem ; ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret quia justa et honesta causa est ; non videtur male accipere et ideo ei recte solvitur.

Dans tous ces cas de restitution, la femme n'avait plus de recours contre personne. En effet, son mari lui avait valablement rendu sa dot, il était dégagé. Quant aux tiers, ils étaient aussi protégés par la loi, qui considérait alors exceptionnellement la femme comme capable d'aliéner *non perdituræ uxori quia justa et honesta causa est*.

Mais, nous le répétons, très rares étaient les circonstances où la femme pouvait disposer de son patrimoine dotal, presque toujours elle est protégée contre elle-même. La preuve apparaît évidente par l'impossibilité où elle est mise de re-

(1) D., xxiii, 3, 73, § 4 ; D., xxiv, 3, 24, et xxiv, 3, 20.

noncer à son hypothèque sur les biens du mari. Non pas qu'il lui soit formellement interdit de renoncer à cette hypothèque (1) d'une manière absolue, mais la validité de cette renonciation est dans le dernier état du droit soumise à la condition de la solvabilité future du mari au moment de la dissolution du mariage (2); celui-ci n'a-t-il plus alors de biens suffisant à la remplir de ses reprises, celle-ci pourra exercer contre les tiers détenteurs aussi bien une action hypothécaire que son action en revendication. Il apparaît par là que l'aliénation indirecte de la dot n'était pas permise à la femme. On sait que la femme armée d'une hypothèque conventionnelle sur les biens de son époux pouvait, *marito vergente ad inopiam*, se faire mettre en possession de ces biens, les législateurs romains avaient également frappé ces biens d'inaliénabilité entre les mains de l'épouse, afin de protéger indirectement sa dot contre les actes de disposition maladroits qu'elle aurait pu faire étant ainsi nantie.

Dernière remarque sur l'inaliénabilité de la dot mobilière à Rome. Aliénable en principe, elle est, en pratique, protégée aussi efficacement que la dot immobilière; les moyens seuls diffèrent et

(1) C., iv, 29, 41, et C., iv, 29, 21. C., v, 13. *Lex unica*, § 15.

(2) Nouvelle 61, chap. 1, §§ 1 à 3. Cf. Troplong, *des Hypothèques*, t. II, n° 597.

cette différence est largement justifiée par la différence de nature entre les meubles et les immeubles, par les métamorphoses utiles ou nécessaires au capital mobilier, par la facilité spéciale de retrouver les origines d'une propriété immobilière, par la souplesse économique remarquable du patrimoine mobilier, par la constance habituelle de la valeur des immeubles. Nous avons essayé de montrer l'évolution du droit romain, de plus en plus entraîné à protéger la dot de la femme ; à l'époque de Justinien, les protections ont atteint le maximum de rigueur, si bien qu'il a pu écrire dans une Novelle *Minui autem dotem nullo sinimus modo* (1), affirmation aussi vraie pour la dot mobilière que pour l'immobilière, « car la prévoyance
« du législateur a été que la femme n'encourût
« pas la perte de ses biens dotaux par suite des
« aliénations consenties et qu'elle pût, en conséquence, les reprendre en mains tierces, toutes les
« fois qu'ils s'y trouveraient en nature (2) ».

L'inaliénabilité dotale est, à la fin du Bas Empire, arrivée à son apogée ; désormais nous allons assister à son déclin. C'est que la législation de Justinien était trop sévère pour être efficace, elle incitait à la fraude par l'excès même de sa rigueur, puisqu'elle en était à ce point qu'essayer de la

(1) Novelle 97, chap. III.

(2) Tessier, *Questions sur la dot*, p. 100, n° 85.

tourner ne pouvait guère provoquer de restrictions nouvelles. Tel que nous le voyons ici, le régime dotal essayera pourtant de pénétrer nos mœurs, en s'introduisant d'abord dans nos pays de droit écrit ; mais là déjà il dut s'atténuer, jusqu'au jour peu éloigné encore où le régime de communauté s'empara, non sans lutte, de cette place prépondérante qu'il s'est faite dans le Code civil.

Le régime dotal n'est plus aujourd'hui parmi nous qu'un régime traditionnel qu'adoptent par habitude les familles de certaines régions. Qu'est-il devenu sous l'influence toujours plus impérieuse des besoins et des principes nouveaux ?

CHAPITRE II

DROIT COUTUMIER

SECTION I

Garanties de restitution de la dot.

C'est au v^e siècle de notre ère que la Gaule fut séparée par les barbares de l'Empire romain d'Occident. A cette date, l'œuvre juridique de Justinien était encore dans le devenir ; le monde ignorait les améliorations que le prince introduirait dans le régime dotal. La loi Julia régnait donc en Gaule comme en Italie et réglait les rapports pécuniaires des époux. Les barbares, en qui la convoitise n'excluait pas l'admiration, avaient surtout le désir de profiter d'une civilisation qui avait ouvert aux vaincus une ère de bien-être et de prospérité. N'était-ce pas la meilleure manière d'en jouir que d'en adopter les usages et les lois. De même que l'on avait vu autrefois la Grèce

vaincue envahir à son tour Rome victorieuse, pour lui enseigner les arts et la paix, de même la Gaule romaine va modeler les éléments grossiers qui l'occupent pour en faire des peuples à son image. Sans doute une telle œuvre n'ira pas sans luttes ni sans efforts. Avant d'élever les Wisigoths, les Burgondes et les Francs à son degré de culture, le Gallo-Romain aura besoin de mettre à leur portée les modèles qu'il leur propose. Ce phénomène se produisit en législation comme partout ailleurs. Jusqu'à l'invasion, la loi romaine était renfermée dans le Code Théodosien, il fallut la transformer pour l'adapter au nouvel état de choses. De cette tentative sortit le bréviaire d'Alaric, rédigé en 506. Sans doute cette œuvre répondit-elle au besoin qui l'avait fait naître, car elle ne tarda pas à se répandre chez les peuples voisins.

Dans cet abrégé comme au Code Théodosien, c'est toujours la loi Julia qui règle le régime matrimonial.

Après la conquête de la Gaule par les Francs, l'Eglise demeurée seule gardienne des institutions déchues osa, la première, innover en matière juridique. Les œuvres de Justinien, mieux ordonnées, plus nettes dans leurs conceptions, plus raffinées dans leur esprit et plus pures dans leur forme, fournirent bientôt des armes aux doctrines ecclé-

siastiques qui voulaient s'imposer aux barbares. Les citations et les brocards tirés du Digeste par les clercs augmentèrent peu à peu le patrimoine juridique des peuples nouveaux. Dès la fin du vi^e siècle, les formules d'Auvergne prouvent cette pénétration, au ix^e siècle, les ordres expédiés par Louis le Débonnaire en Septimanie s'appuient plus sur l'autorité des recueils impériaux que sur celle du Bréviaire d'Alaric (1). Enfin, quoi d'étonnant, si, au midi de la Gaule, les populations énergiquement frappées de l'empreinte latine ont accepté volontiers ces lois, produits d'une évolution à laquelle elles avaient elles-mêmes quelque temps participé.

Ce sont donc les pays de droit écrit qui adoptèrent le régime dotal et le système de Justinien. La conservation de la dot importait autant aux enfants, héritiers de leur mère, qu'à la femme elle-même, c'est dire que la famille tout entière était protégée par l'inaliénabilité dotale, et protéger la famille, c'était alors plus encore que maintenant protéger la société *Reipublicae interest dotum mulierum salvas esse*, semblait un aphorisme invincible.

Mais, si l'influence chrétienne avait déjà puissamment modifié les conceptions premières des

(1) Savigny, t. II, p. 91.

vieux jurisconsultes romains sur le rôle et la nécessité de la dot, il paraîtra tout naturel qu'en un pays comme la Gaule, où elles étaient d'origine étrangère, elles se soient développées en se modifiant. La multiplicité des races et les difficultés de communication suffisent à justifier la rupture de cette majestueuse unité juridique, qu'avait été le droit romain, sur cette terre d'aspects si divers, bien que de médiocre étendue. L'œuvre de Justinien s'est implantée chez nous, sans demeurer partout semblable à elle-même.

L'inaliénabilité dotale va rester naturellement la principale garantie de la dot ; mais selon les provinces, la rigueur en variera. Nous aurons à l'examiner pour les meubles et pour les immeubles.

Quant aux meubles, il y avait presque unanimité pour les déclarer inaliénables par la femme : la Normandie seule fait exception. Certains cas très rares sont aussi prévus où le devoir, où la nécessité peuvent obliger la femme à l'aliénation avec autorisation de justice. Il en était de même pour la femme séparée de biens, pour les obligations postérieures à la séparation (1) ; l'aliénation indirecte était aussi interdite à la femme par la défense de renoncer aux garanties qu'elle possède (2)

(1) Tessier, *Questions sur la dot*, n° 99.

(2) En Auvergne, la femme dotale ne peut pas renoncer à son hypothèque (Troplong, *De la dot*, 3224).

sur les biens de son mari. En somme, l'incapacité légalement présumée de la femme entraîne à lui supprimer toute initiative.

Pour le mari, au contraire, le dot mobilière est, la plupart du temps, considérée comme aliénable, encore faut-il distinguer comme à Rome, suivant la nature de la dot. Consiste-t-elle en sommes d'argent ou choses fongibles estimées? Il n'y a pas de doute, dans tous les cas le mari en acquiert la propriété pleine et entière, il peut en disposer à son gré, les meubles corporels estimés sont assimilés aux choses fongibles.

La dot comporte-t-elle des meubles corporels non estimés? Le mari peut les aliéner aussi, la femme n'aura pas le droit de les revendiquer *mobilia sequelam non habent* (1); elle n'aurait eu ce droit que si sa dot avait été non pas vendue, mais saisie par des créanciers du mari (2).

Restent les meubles incorporels, créances, actions, droits, mobiliers. Dans la plupart des pays de droit écrit, ils forment une troisième catégorie de biens qui ne sont considérés ni comme meubles, ni comme immeubles, encore la manière de les traiter diffère-t-elle avec les régions.

A Toulouse on les rangeait parmi les meubles,

(1) Tessier, *Questions sur la dot*, n° 99.

(2) A Bordeaux, même estimés, les corps certains étaient insaisissables par les créanciers du mari:

c'est-à-dire parmi les biens étrangers à la loi Julia, le mari pouvant exercer ses droits peut logiquement faire tel usage qui lui convient (1) de ce qu'il a retiré de la poursuite.

Mais les créanciers du mari n'avaient peut-être pas le droit de saisir les créances dotales dans son patrimoine. En tous cas, la femme d'un mari insolvable aurait pu s'opposer à la créance des sommes arrêtees.

A Bordeaux, les créances dotales appartenaient au mari, mais étaient insaisissables pour ses dettes personnelles. A Aix, les rentes étaient réputées immeubles, donc inaliénables, les autres meubles incorporels appartenaient au mari en pleine propriété; à Grenoble les créances dotales étaient disponibles entre les mains du mari; tandis qu'en Savoie, un édit de 1582 avait étendu expressément l'inaliénabilité à tous les biens dotaux sans distinction (2).

Enfin, dans les pays de droit écrit qui relevaient du Parlement de Paris (3), l'inaliénabilité de la dot mobilière était absolue, il n'en était pas de même pour l'imprescriptibilité, sauf en Auvergne où les créances dotales de la femmes ne pouvaient

(1) Serres, *Inst.*, p. 193 et Tessier, *Questions sur la dot*, n° 92 et 98.

(2) Troplong, n° 3217.

(3) Il faut excepter les provinces atteintes par l'édit de 1664 : Lyonnais, Mâconnais, Forez, Beaujolais.

se prescrire contre elle que sous réserve de la solvabilité du mari au jour de la dissolution du mariage.

Quant aux immeubles, l'inaliénabilité ne s'appliquait qu'aux aliénations volontaires ; certaines coutumes permettaient même l'aliénation qui ne causait à la femme aucun préjudice. Bien entendu, dans le ressort du Parlement de Paris, l'inaliénabilité, quant à la dot immobilière, était plus rigoureuse encore que pour la dot mobilière, sauf encore en Auvergne, dont la coutume s'était inspirée de la Nouvelle 61 de Justinien. Ce texte s'occupait de la donation à cause de nocces ; le prince y décidait que le consentement de la femme, renouvelé deux ans après avoir été donné pour l'aliénation ou l'hypothèque du bien dotal, validait ces deux actes, du moins s'il restait au mari des biens suffisants pour remplir par ailleurs son épouse de sa donation à cause de nocces. La Nouvelle disposait *in fine* qu'il en serait de même à l'égard de la dot. *Et multo potius hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur aut supponatur : jam enim hæc sufficienter delimitata atque sancita sunt* (1).

Cette disposition finale, tombée en désuétude partout ailleurs, avait influé sur la coutume d'Auvergne, que celle de la Marche avait timidement

(1) Nouvelle 61, §§ 1 à 3, chap. 1.

imitée. A Bordeaux, la femme pouvait consentir à l'aliénation de sa dot et renoncer à son hypothèque si le mari avait d'autres biens suffisants (1).

Nous ne saurions terminer cet exposé des garanties de la dot dans l'ancienne France, sans rappeler d'un mot le système normand, bien qu'il ne se rattache pas au droit de Justinien.

La dot était aliénable par le mari avec le consentement de la femme, qui avait contre lui une action en remploi, et, en cas d'insuffisance des biens du mari, un recours subsidiaire contre les tiers détenteurs, ceux-ci avaient alors l'option de déguerpir ou de payer le juste prix, suivant l'estimation de la valeur, lors du décès du mari (2).

Partout où l'inaliénabilité n'a pas été adoptée comme un principe absolu, nous voyons, en général, que le mari peut disposer de la dot, sauf le recours de la femme contre lui d'abord et, en cas d'insolvabilité, contre les tiers détenteurs. Ainsi se fait jour cette idée que d'autres biens que ceux qui sont actuellement dotaux : ceux qui sont sortis de la dot, pourront servir à indemniser la femme exerçant sa créance en restitution : idée dont l'ancien droit avait tiré la théorie de la dotalité subsidiaire.

Affirmer que cette théorie ait été déjà en droit

(1) Troplong, n° 3247.

(2) Dalloz, Répertoire, t. XIV, p. 77, n° 3413.

romain serait certainement inexact. Est-il pourtant impossible d'y trouver quelque chose d'analogue ? Non, sans doute. Nous savons que la femme avait à Rome, dans le dernier état du droit, une hypothèque sur les biens de son mari. Grâce à cette hypothèque, il lui fut possible d'abord de se faire mettre en possession de ces biens quand son conjoint s'était montré notoirement incapable d'administrer, qu'il avait dissipé la dot et qu'en attendant plus longtemps la femme risquait la ruine totale. Enfin cette hypothèque conférait à la femme un droit de suite sur des biens non constitués en dot, sur les biens du mari.

Nous voyons donc dans la jurisprudence latine, la preuve qu'en certains cas la femme recouvrait sur d'autres biens que les biens dotaux la valeur de sa dot ; dès lors il sera tout naturel que notre ancien droit ait aussi quelquefois adopté ce point de vue. Ce sont les biens du mari qui commencent par garantir la restitution de la dot. On en conclut, en généralisant, que des biens non constitués en dot pouvaient servir de garantie, ce qui amena à accorder à la femme une sorte de droit de suite des biens non dotaux. Ce travail est l'œuvre des barbares adoptant le droit Romain, en sorte que les pays de droit écrit connurent des garanties de restitution qu'ignoraient les auteurs latins, et encore qu'elles n'aient eu le plus sou-

vent que des applications particulières, est-il intéressant de les signaler.

Nous voyons que la femme peut, après le décès de son mari, agir sur les biens qu'il avait reçus en fidéicommiss, pour opérer le recouvrement de la dot mobilière qu'elle lui avait apportée, bien qu'elle fût absolument étrangère à l'auteur du fidéicommiss (1); la présence et le consentement du père au contrat de mariage de son fils non émancipé le rendaient subsidiairement responsable de la restitution de la dot et même de l'acquit de l'augment stipulé au profit de la bru (2). Mais, si l'application de tels principes devait être extrêmement rare en pratique, voici une idée beaucoup plus féconde qui séduisit sous des formes diverses tous les jurisconsultes méridionaux; la dotalité subsidiaire.

SECTION II

Apparition dans l'ancien droit de la dotalité subsidiaire.

Nous voyons qu'à Toulouse, les immeubles paraphernaux de la femme étaient frappés d'une do-

(1) Rennes, 14 décembre 1810, et le pourvoi en Cassation : Req. 3 sept. 1812; — Ricard, *Des Substitutions*, part. 2, n° 105.

(2) Aff. Balastron, Req. 2 sept. 1806 : Dalloz, Répertoire, t. XIV, p. 260, n° 4153.

talité subsidiaire qui lui permettait de les revendiquer jusqu'à concurrence de sa dot, si les biens du mari ne lui garantissaient pas suffisamment la restitution de celle-ci ; mais elle ne pouvait exercer ce recours subsidiaire qu'en prouvant l'insuffisance de garantie.

A Bordeaux, si l'immeuble abandonné en paiement de la dot mobilière n'était pas dotal à proprement parler, il devenait dotal *in subsidium* en cas d'insolvabilité du mari poursuivi par la femme pour le montant de sa dot mobilière. L'effet de cette dotalité subsidiaire était de donner à la femme le droit de revendiquer l'immeuble, à moins que le paiement de sa dot ne lui fût assuré sur la fortune du mari. Dans le ressort des autres Parlements des pays de droit écrit, une dotalité subsidiaire analogue était également reconnue.

Qu'était cette dotalité subsidiaire ? Comment les anciens magistrats avaient-ils pu la tirer des lois romaines ?

Cette dotalité subsidiaire est une exagération française des préoccupations de Justinien. Le souci de protéger la femme, de sauvegarder pour elle, c'est-à-dire pour la famille tout entière, un patrimoine qui assure à son mari, à ses enfants, une situation à l'abri du besoin ; le désir de soustraire la fortune acquise par les ascendants aux fantaisies d'un prodigue, aux imprudences d'un

spéculateur, telles sont les principales raisons qui expliquent cette tendance à conserver à tout prix le patrimoine dotal.

Peut-être la vie troublée du Moyen Age, les difficultés de toutes sortes que suscitaient pour les particuliers les guerres, l'insécurité, les épidémies, la misère profonde où s'était presque effondrée la société médiévale, justifient-elles l'inquiétude de l'avenir qui apparaît dans cette innovation juridique.

La coutume de Toulouse était seule à frapper de dotalité subsidiaire les paraphernaux proprement dits ; les autres coutumes, en pays de droit écrit, se contentaient d'atteindre, de cette façon, uniquement les biens qui représentaient la dot d'une manière quelconque, soit qu'ils eussent été remis à la femme par l'époux pour la remplir de ses reprises, soit qu'ils eussent été acquis par l'emploi des deniers dotaux.

« Ces biens (1), en cas d'insolvabilité du mari, « étaient par faveur de la dot et par le besoin de sa « conservation, affectés de la dotalité qu'on a appelée subsidiaire, laquelle, tout en permettant à « la femme non remplie de sa dot, de les revendre, ne le faisait que jusqu'à concurrence de « la dot et en cas d'insuffisance des autres biens.

(1) Cass., 20 fév. 1849, Sirey, 49, 1, 241.

Quelle était l'origine de cette jurisprudence ?

On la trouve dans une controverse qui passionna les anciens auteurs (1) sur la question de savoir si l'immeuble acquis des deniers dotaux était dotal ou non. La controverse s'était engagée par suite de l'antinomie apparente entre deux textes du *Corpus juris civilis* ; la loi 54 au Digeste, au titre de *Jure dotium*, et la loi du 12 au Code, même titre ; textes eux-mêmes appuyés sur d'autres références. La seconde loi dit : « Le fonds acquis par votre mari, des deniers dotaux, ne vous appartient pas... et vous n'avez à exercer que l'action de dot » (2). Ainsi la femme n'a que l'action de la dot et ne peut pas revendiquer le fonds acheté de ses deniers dotaux.

La première loi citée disait au contraire : *Res ex dotali pecunia comparatæ dotales esse videntur*. Si ces biens paraissent dotaux, c'est donc que la femme peut les revendiquer, elle est mieux armée que par la seule action *rei uxoriæ*.

Les auteurs selon qu'ils s'attachaient à la loi 54 D. de *Jure dotium* ou à la loi 12 C. *Eod. tit.*, faisaient du fonds acquis des deniers dotaux un fonds dotal ou non. Selon les uns, l'immeuble acquis de cette manière par le mari ou par la

(1) Voir les auteurs cités dans Tessier, *Traité de la dot*, t. I, p. 219.

(2) Merlin, Répertoire, mot : Dot, § 10, p. 75.

femme, ou par les deux conjointement, était dotal, et, à cet égard, des auteurs se prévalaient de l'autorité d'Accurse qui décide sur la loi 54 D. *de Jur. dot.*, que, pour atteindre ce résultat, il suffisait qu'on pût présumer que telle avait été la volonté de la femme et qu'elle y trouvât son avantage : *Empta ut pecunia dotali, voluntate mulieris et ejus utilitate, dotalia sunt.*

Selon les autres, l'immeuble ainsi acquis des deniers dotaux ne devenait pas dotal, à moins que cela n'eût été expressément stipulé entre les époux ; à leur tour, ces auteurs invoquaient l'autorité de la glose où on lit : *Pretium dotis non succedit loco ipsius dotis, nisi hoc expresse actum est inter virum et uxorem ut pretium saccederet loco rei* (1).

L'espèce n'est pas tout à fait la même que dans les textes cités, ni que dans la glose d'Accurse, où il s'agissait d'un bien acheté avec les deniers dotaux. Dans la seconde glose, l'argent employé à l'achat provenait de la vente d'un bien constitué en dot (*pretium dotis*), or, la question était de savoir si cet argent était dotal, en ce sens que si l'on s'en servait pour acheter, un fonds par exemple, cet achat constituerait un véritable remploi dotal, parce que le prix de la vente aurait pris lieu et

(1) Dalloz, 49-1-241, note 1.

place du bien constitué en dot (*succedit in locum dotis*). Et le glossateur répond négativement. N'y aurait-il pas, au sujet de cette controverse, à employer la méthode historique, qui, en nombre de cas, a substitué à la recherche d'une conciliation impossible, la simple constatation des dates auxquelles se réfèrent les textes contradictoires? N'y aurait-il pas là une de ces traces du défaut d'ensemble qui a si gravement vicié la rédaction des œuvres ordonnée par Justinien? Si les commissions chargées de leur confection avaient soigneusement collationné les textes adoptés par elles sur une même matière, elles auraient assurément évité de mettre en deux titres différents, deux textes contraires, dont l'un pouvait remonter à Septime Sévère et l'autre à Dioclétien. Quels changements la législation n'avait-elle pas pu subir dans l'intervalle. Ajoutons qu'au Digeste il n'est même pas inséré de textes législatifs. Les citations ne sont que d'œuvres de jurisconsultes, elles ne sont devenues lois que par l'autorité de Justinien. Si la législation avait pu changer d'un siècle à un autre, combien davantage la doctrine! Les deux citations fussent-elles de même date, nous savons combien, à une même époque, les jurisconsultes sont en conflits souvent interminables.

Dans la controverse que nous cherchons à résoudre, il y a plus qu'une contradiction entre

deux jurisconsultes ; elle met en opposition la doctrine d'une époque avec la législation d'une autre. La loi 54 au Digeste est de Gaius, commentant l'édit du prêteur urbain, tandis que la loi 12 au Code est l'œuvre des empereurs Dioclétien et Maximien. Plus de deux siècles séparent les deux textes. Ici la faute est sans doute à la commission chargée de rédiger le *Codex repetitæ prælectionis* publié en 534, qui aurait dû collationner son texte avec celui du Digeste de 533. Elle aurait aperçu combien le rescrit de l'année 282 se trouvait en contradiction avec le progrès continu imprimé par la législation impériale aux garanties de la dot. C'était la décision de Gaius qui se trouvait d'accord avec le sens de l'évolution qui suivait son cours. Donc, historiquement parlant, cette décision seule aurait dû figurer au Digeste, le rescrit de Dioclétien n'aurait pas dû être inséré dans le Code et nos Coutumes du Moyen Age auraient trouvé dans le texte de Gaius une base solide pour leur théorie de la dot subsidiaire.

Eh bien, chose singulière, faute de concilier les deux textes contradictoires, la majorité, bientôt presque l'unanimité des commentateurs admit que c'était la loi 12 au Code qui contenait le vrai principe, rejetant du coup l'arme puissante que le texte de Gaius donnait à la théorie de la dot subsidiaire. Il est vrai qu'au Moyen Age, les glossa-

teurs cherchaient leurs conciliations plutôt dans les casus différents qu'ils croyaient découvrir sur les décisions opposées des jurisconsultes romains que dans les données historiques qui leur étaient inconnues.

Donc, en admettant la théorie qui a prévalu, la chose acquise des deniers dotaux n'est pas dotale. La femme ne peut pas être forcée de la prendre en paiement en déduction de sa dot, pas plus qu'elle ne peut forcer les héritiers et les créanciers de son mari à la lui abandonner lorsqu'ils trouvent plus avantageux pour leurs intérêts de la saisir et d'acquitter la dot en argent (1). Seulement, à cette règle de la non-dotalité existe une double exception.

1° L'acquisition avait-elle eu lieu par la volonté de la femme? Alors le bien acheté était dotal. Même au début de la Coutume, l'adhésion spéciale de la femme à cette opération n'était pas nécessaire, mais Louet nous apprend que l'ancienne jurisprudence et que les derniers arrêts ont jugé le contraire et que la déclaration du mari, par le contrat d'acquisition et le consentement de la femme est absolument nécessaire, quelque réalisation qu'il y ait par le contrat de mariage (2).

2° Le mari est insolvable à la dissolution du ma-

(1) Merlin, Répertoire, mot : Dot, § 10, p. 76.

(2) Louet, Recueil de Louet, t. I, question 12.

riage. Nous remarquons que le texte de la loi 54 ou Digeste : *De jure dotium*, dit : *res... dotales esse didendur. Videntur*, c'est donc une fiction et cette fiction n'a d'effet que quand le mari est insolvable. Dans ce cas : *non directa, sed utilis rei vindicatio uxori accomundatur* (1), la femme peut revendiquer, comme dotal, le bien acquis de ses deniers dotaux, il y a dotalité subsidiaire.

Dumoulin enseigne que, si le mari est insolvable, l'acquisition faite des deniers dotaux devient subsidiairement dotale à la femme, quant au domaine utile ; que, cependant, le tiers possesseur du fonds peut opposer à la femme qui l'attaque par l'action de revendication utile, la discussion préalable des effets du mari, comme on pourrait l'opposer à tout créancier hypothécaire. La discussion terminée sans deniers suffisants pour désintéresser la femme, le tiers peut offrir le prix de son acquisition suivant la valeur lors de l'achat et, moyennant cette offre, il peut se maintenir en possession du fonds subsidiairement dotal (2).

En réalité, la situation du tiers acquéreur était beaucoup plus périlleuse, car ce n'est pas seulement le prix du fonds subsidiairement dotal qu'il

(1) Voir les interprètes des Basiliques : Harménopule, Bartole, Balde, Cujas.

(2) Du Moulin, sur la *Coutume de Paris*, tit. I, des fiefs, glos. 5, in 1^o le fief.

doit offrir pour le conserver, c'est le montant de toute la dot. En effet, quelle est la raison qui détermine le jurisconsulte à reconnaître au tiers le droit d'offrir? C'est que, selon lui, par l'offre du prix, le domaine utile que la femme a sur le bien cesse : *Facta hujusmodi oblatione, cessat causa illius subsidarii utilis domini et vindicationis*.

Or, si le domaine utile, que la femme a sur le fonds, consiste à lui assurer sa dot, ce qu'on ne peut nier, puisque le mari lui-même, aux droits de qui le tiers possesseur ne fait que succéder, ne peut retenir le fonds subsidiairement dotal qu'en payant à la femme sa dot. Il faut donc supposer que lorsque Du Moulin accorde au tiers possesseur le droit d'offrir, par la raison qu'il fait cesser le domaine utile de la femme, il entend que le prix du fonds forme toute la dot.

Si telle a été, d'accord avec Du Moulin, l'opinion la plus répandue, il est cependant des auteurs qui ne veulent point absolument admettre le droit d'offrir, puisque, d'après eux, par l'insolvabilité du mari, la femme acquérait une action directe qui n'était sujette à aucun droit d'offrir.

Telles sont les grandes lignes de cette théorie nouvelle de la dotalité subsidiaire. Nous avons déjà vu qu'elle s'était différenciée en se répandant, ce qui nous permet de constater un peu de diversité dans ses applications. A Toulouse, rappelions-

· nous plus haut, cette dotalité subsidiaire pouvait frapper même les paraphernaux de la femme et les soustraire à la saisie de ses créanciers personnels, quand elle ne trouvait plus dans le patrimoine du mari de quoi éteindre sa créance.

Extension remarquable et hardie, puisqu'elle s'appliquait à des biens qui n'avaient jamais été entre les mains du mari, qui n'avaient jamais eu de rapports quelconques avec la dot. Par cette inaliénabilité inattendue, se trouvaient frustrés, non pas les créanciers du mari, naturellement prévenus et méfiants, mais ceux de la femme qui avaient traité avec elle sur la garantie de sa fortune personnelle, sans renseignements ni contrôle sur les actes de cet époux parfois éloigné ou inconnu.

Signalons encore une autre extension de la théorie, que nous rencontrons en Provence. Julien avait écrit (1) : « Le fonds qui est donné au mari sous une estimation n'est pas dotal, il n'est dotal que subsidiairement. » Le mari est l'acheteur et débiteur du prix, c'est la décision de la loi 5 au Code (2), titre *de jure dotium* : *Quotiens res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur.* »

(1) Julien (Jean, Joseph). *Eléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du Royaume*, Aix, 1785, l. I, tit. IV, n° 20.

(2) C., v, 12, 5.

L'estimation vaut vente ; les détériorations ou les accroissements qui surviennent au fonds regardent le mari, comme dit la loi 10 du même titre (1). Mais si l'on peut appliquer ici le brocard : *æstimatio facit emptionem*, les biens estimés sont pourtant subsidiairement dotaux ; si le mari est insolvable, la femme exercera son recours sur ces biens, préférablement à tous autres créanciers du mari ; c'est la décision de la loi 30 au Code titre *de jure dotium*.

Bien entendu, l'estimation ne rend pas toujours le mari acheteur du fonds donné en dot. Cela dépend des clauses par lesquelles les parties déclarent que l'estimation ne vaut pas vente (2). De là, des auteurs se sont livrés à des dissertations peut-être trop subtiles, pour savoir à quels termes on doit reconnaître que le fonds est vraiment ou subsidiairement dotal.

(1) Voir aussi : C., v, 13. *Lex unica*, § 9, et aussi : D., xix, 1, 52, § 1.

(2) D., xxii, 3, 9, § 3 : *Videamus an statim efficiantur mariti ? Et putem si sic dentur ut fiant, effici mariti.*

DEUXIÈME PARTIE

Code Civil.

Le régime dotal et toutes ses conséquences semblaient condamnés par les jurisconsultes coutumiers de la monarchie finissante ; peu s'en est fallu qu'il ne disparût complètement de la législation française. Sans doute, si le Code civil eût été l'œuvre des premiers révolutionnaires, épris d'absolu, entichés d'unité, la dot romaine aurait vécu. Mais les préoccupations politiques, les ambitions individuelles arrêtaient longtemps le travail économique à peine entrepris par la Constituante et pour lequel les Députés aux Etats Généraux s'étaient crus surtout appelés.

Les hommes de l'an VIII n'étaient plus ceux de 89 ; de terribles réalités avaient dissipé les premiers rêves ; la misère, les proscriptions et l'échafaud avaient réduit au silence les utopistes de bonne volonté. Les événements glorieux et tragiques avaient montré ce que la vieille France

possédait de vigueur dans ses traditions, de souplesse dans sa diversité ; s'il n'était pas l'heure de restaurer, il n'était plus celle de détruire, on commençait à conserver. Trop de secousses violentes avaient ébranlé la société, au point que l'inquiétude était générale de voir s'écrouler les institutions survivantes ; tant on ignorait si vraiment elles étaient solidaires de celles qui avaient disparu. Dans ce désarroi tout semblait un indice de ruine prochaine ou de maintien ; les mots mêmes avaient leur importance au lendemain d'un siècle qui avait professé de mettre le Verbe au service de la Raison. Dès lors s'expliquent les protestations qui accueillirent le projet de Code civil du 24 Thermidor an VIII qui énonçait un seul régime matrimonial : la communauté.

Toutes les autres combinaisons trouvaient cependant leurs places dans ce projet et le système Romain se classait tout naturellement dans la Section I du Chapitre III intitulée : *Des conventions exclusives de toute communauté*. Mais le « silence gardé sur le système des dots, la proposition de faire de la communauté le droit commun de la France, la prohibition de stipuler que les conventions matrimoniales fussent réglées par aucune des lois et usages qui avaient jusqu'alors régi les diverses parties de la France, enfin les fausses idées qu'on s'était faites sur la

« communauté, dont on ne comprenait pas la nature, firent naître une violente et universelle opposition dans les provinces méridionales de la France où le système du droit romain sur les dots des femmes formait le droit commun de toute antiquité (1).

Avant même d'affronter la discussion publique, les Conseillers d'Etat de la Section de législation modifièrent ce premier projet, de manière à rendre plus apparentes les traces du régime dotal : on y lisait notamment liv. 3, tit. 10, chap. 3, sect. 2, art. 132 :

« Il y a exclusion totale de communauté.

« 1° Par la clause portant que tous les biens de la femme seront dotaux.

« 2° Par la stipulation qu'ils seront tous paraphernaux.

« 5° Par la disposition mixte, qui, embrassant la totalité des biens de la femme, stipule les uns dotaux, les autres paraphernaux. »

Ce deuxième projet présenté le 6 vendémiaire an XII devait échouer sur l'opposition des conseillers d'état méridionaux à l'adoption de la communauté comme régime de droit commun. Il fallut procéder à une troisième rédaction qui fut

(1) Toullier, *Droit civil français*, titre V, chapitre II, n° 7.

agréée le 4 brumaire an XII ; elle plaçait le régime dotal dans un chapitre particulier à côté de la communauté.

Sans doute, le régime dotal du Code civil n'est-il pas celui de Justinien. L'expérience complète qu'il avait pu fournir par une longue carrière avait provoqué, en 1804, bien des modifications qui sont comme un essai d'offrir plus d'indépendance et d'initiative à ceux qui l'adoptent. Une telle tentative était heureuse et peut-être ce régime aurait-il pu se conformer d'assez près à certaines nécessités de la vie pour entrer peu à peu dans les mœurs générales. La jurisprudence que nous allons étudier, en ressuscitant artificiellement des rigueurs abolies, ne semble pas y avoir aidé.

Avant d'étudier la théorie moderne de la dot incluse, il convient d'en limiter le domaine et d'en préciser les cas d'application.

CHAPITRE I

QUESTION DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE

Dans le régime dotal, ce que les rédacteurs du Code ont vu avec défaveur, c'est l'inaliénabilité. Ils se sont résignés à l'admettre pour respecter certaines habitudes et favoriser le mariage.

Une fois le mariage conclu, il n'y a plus de raison pour autoriser à nouveau une dérogation aussi grave aux principes fondamentaux de la propriété et de la capacité des personnes. Aux termes de l'art. 1543 la dot ne peut être ni constituée ni augmentée pendant le mariage.

Il y a donc deux époques auxquelles il faut se reporter pour établir nettement la consistance et la nature de la dot : le jour de la célébration du mariage et le jour de la dissolution.

Au jour du mariage, quels sont les biens dotaux : 1° ceux que la femme se constitue sur sa propre fortune ; 2° ceux que des tiers lui donnent

par contrat de mariage sans stipulation contraire. Des questions accessoires peuvent se soulever : la constitution de dot faite par la femme en termes généraux s'applique-t-elle à ses biens futurs comme à ses biens présents (1) ? Les biens donnés par le mari en contrat de mariage sont-ils dotaux ? comme les biens donnés par tout autre que lui (2) ? Quelle que soit la décision adoptée sur ces deux points et sur d'autres analogues, les biens présents ou futurs seront dotaux ou paraphernaux, tels que le comporte le contrat de mariage, c'est-à-dire suivant les déclarations que la femme ou les tiers y ont fait insérer, ou suivant le silence que l'une ou les autres auront gardé ! C'est cette dot qui est remise au mari, dont nous connaissons par conséquent la consistance, mais dont nous avons à préciser la nature au point de vue des pouvoirs du mari.

Pour cela, il faut en faire deux parts : d'un côté, biens dont le mari est devenu propriétaire, à savoir : meubles fongibles, meubles estimés, immeubles estimés avec déclaration que l'estimation vaut vente. Des autres biens dotaux, meubles non fongibles et non estimés, immeubles simple-

(1) Ici au moins la jurisprudence a-t-elle adopté l'interprétation restrictive (art. 542, al. 2). Cependant cf. Cass., 14 fév. 66, D. 66, 1, 348, S. 66, 1, 203.

(2) Bordeaux, 30 avril 1850, D. 52, 2, 238, S. 51, 2, 65, *Contra*, Aix, 19 janvier 44, S. 44, 2, 247.

ment livrés en dot, le mari est seulement administrateur et usufruitier, la femme reste propriétaire. En rapprochant ces termes de ceux qu'on emploie sous le régime de communauté on pourrait dire que la première classe de biens constitue des propres imparfaits, c'est-à-dire des créances de la femme contre le mari, la deuxième classe comprend des propres parfaits dont la femme reste propriétaire et qu'elle reprendra en nature à la dissolution du régime.

Il y a des transformations qui peuvent se produire au cours du mariage et qui, à l'inverse, ne modifieront pas le droit de la femme et laisseront possible et nécessaire la restitution en nature. Nous voulons parler des biens qui remplacent dans la fortune de la femme les biens dotaux originaires : des biens devenus dotaux par l'effet d'une subrogation.

Ici, encore, la jurisprudence a interprété, à juste titre, d'une manière restrictive, les textes qui traitent de la subrogation.

La subrogation n'est admise expressément qu'en deux cas : 1° en cas d'échange (art. 1559) ; 2° en cas de remploi, mais seulement quand le remploi a été imposé au mari par le contrat ou par la loi, et, à ce propos, les Tribunaux ont eu souvent à examiner s'il y avait réellement remploi et s'il était obligatoire.

A ces deux cas pourrait-on ajouter celui d'une femme héritière du constituant, qui obtient dans le partage de la succession un autre immeuble que celui qu'elle avait apporté? Le second serait frappé de dotalité comme subrogé au premier (1).

Voilà donc déterminée la consistance de la dot, à la dissolution du régime. De cette dot, certains biens sont devenus propriété du mari, qui est seulement débiteur de leur valeur. Les autres sont demeurés propriété de la femme qui a le droit de les recouvrer en nature : pour qu'elle exerce ce droit, il faudra que ses biens se trouvent encore entre les mains du mari, ou que la femme puisse les reprendre entre les mains des tiers.

Se trouvent-ils encore entre les mains du mari?

a) Pour les immeubles c'est plus que probable. Le mari doit les avoir, il n'a pas pu les aliéner seul. Cela va de soi puisqu'il n'est pas propriétaire. S'il l'avait fait, la femme les revendiquerait à l'acquéreur. La femme n'a pas pu aliéner seule, ou si elle l'a fait, elle aura son action en rescision pour défaut d'autorisation et les réclamera en nature aux tiers détenteurs. Reste le cas où la femme, propriétaire de l'immeuble, l'aurait aliéné avec le concours du mari : c'est le seul auquel

(1) Montpellier, 11 novembre 54, S. 54, 2, 687. D'après M. Planiol ce cas de subrogation est un échange forcé.

se réfère le principe d'inaliénabilité qu'il est inutile d'invoquer dans les deux cas précédents. Dans ce cas, la femme qui ne trouve plus son bien entre les mains du mari a son action en révocation pour dotalité qui lui permet encore de reprendre son bien en nature entre les mains du tiers détenteur (C. C. 1560).

b) En est-il ainsi de cette part de dot mobilière dont le mari n'est pas devenu propriétaire et qu'il doit également restituer à sa femme en nature ? Ces meubles se retrouveront-ils à l'époque de la dissolution ? Oui, si on n'en a pas disposé.

La femme les reprend dans leur état présent, sauf au mari à répondre de ses fautes d'administrateur ; elle les reprend sans délai (C. C. 1564).

Si la femme en a disposé seule, elle a la rescision pour défaut d'autorisation et s'il est possible elle les reprend en nature entre les mains de l'acquéreur. La femme n'a aucunement besoin en ce cas d'invoquer la dotalité des meubles, sauf s'il y avait lieu l'application de l'art. 2279.

Si le mari a aliéné seul, la jurisprudence déclare l'aliénation valable tout en déclarant la dot mobilière inaliénable.

Pour ce cas, la jurisprudence affirme que le mari peut aliéner cette partie de la dot mobilière ; elle ne refuse ce droit qu'à la femme soit seule, soit même autorisée du mari. Les arrêts disent

tous (1) : l'aliénation par le mari est permise, l'aliénation par la femme est défendue. Par malheur au lieu de ces termes clairs, nets, les arrêts qualifient cette défense faite à la femme de disposer de sa dot mobilière d'inaliénabilité ; employant ce mot pour la défense faite à la femme de disposer de sa dot mobilière, c'est-à-dire de sa créance contre son mari. C'est appliquer le mot inaliénabilité aux biens dont le mari est propriétaire et débiteur, tandis que le Code et le langage usuel l'appliquent aux biens dont la femme est restée propriétaire.

Enfin, la femme a-t-elle aliéné avec le concours du mari les meubles dont elle était demeurée propriétaire ?

L'aliénation en elle-même est valable puisqu'elle a été consentie par la femme propriétaire et dûment autorisée. Mais peut-on, comme pour les immeubles, intenter contre l'acquéreur une action en révocation pour cause de dotalité ; peut-on, en un mot, appliquer l'article 1560 aux meubles dont la femme a conservé la propriété ? C'est en ces termes que se pose aujourd'hui la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière sur laquelle les opinions sont encore partagées. Question que l'on dit résolue par la jurisprudence actuelle dans

(1) Arrêt fondamental, Cass., 1^{er} fév. 1849, S. chron. 1849, p. 16.

le sens de l'affirmative. Les tribunaux déclareraient, prétend-t-on la dot mobilière inaliénable. Nous allons revenir longuement sur cette prétendue opinion de la jurisprudence française ; débarrassons-nous en quelques mots de la question doctrinale qui n'est pas le point faible du présent sujet.

Inaliénabilité, dans le Code civil, signifie droit de faire révoquer les aliénations consenties *par la femme avec le concours du mari* ; donc action ouverte en révocation, exercée soit par la femme ou ses héritiers, soit par le mari, agissant, croyons-nous, comme représentant de la femme, comme administrateur dotal ; titre qui comporte le droit pour lui d'exercer toutes les actions de la femme, pécuniaires ou personnelles (C. C. 1549-2°).

Telle est, suivant l'article 1560, la conséquence de l'inaliénabilité dotale, établie par l'article 1554. Or, il est évident que ces textes ne visent que les seuls immeubles dotaux : le mot se retrouve à chaque article, d'autant plus probant que la rubrique de la section porte : fonds dotal.

Deux fois pourtant le texte parle de biens dotaux : aux articles 1555 et 1556 ; mais d'abord ces deux textes ne visent que des exceptions à la règle et nous pensons que si l'on veut trouver le sens d'une expression, il faut le chercher dans le texte qui contient la règle, et non dans celui qui

renferme l'exception. Ajoutons que, dans les articles 1555 et 1556, le mode de composition adopté nécessitait l'emploi des mots « biens dotaux » au lieu du mot « immeubles ». Ces articles traitent deux questions distinctes : la première, celle de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, à laquelle il est fait exception au profit des enfants de la femme ; ici, l'expression immeubles était la seule exacte. La seconde question est celle de l'autorisation nécessaire à la femme mariée pour doter ses enfants. Le Code voulait distinguer : permettre l'autorisation subsidiaire de justice pour la dotation d'enfants d'un premier lit ; exiger l'autorisation maritale pour les enfants communs ; l'expression indispensable pour cette seconde question était l'expression de « biens dotaux », puisque la distinction était générale, que la femme voulût doter ses enfants d'immeubles ou de meubles.

Il n'y a qu'à reprendre les textes en les amplifiant, pour ruiner l'argument tiré des articles 1555 et 1556, en faveur de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

1° L'*immeuble* dotal peut être aliéné pour doter les enfants de la femme.

2° La femme peut, avec l'autorisation de son mari ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses *biens dotaux* pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur.

3° Elle peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de leurs enfants communs.

L'argument tiré des deux articles 1555 et 1556 ne vaut donc pas mieux que celui qui alléguait une prétendue inaliénabilité traditionnelle de la dot mobilière.

Nous verrons bientôt qu'il en est de même de la prétendue inaliénabilité jurisprudentielle de cette même dot.

Pour le moment, l'analyse que nous ferons bientôt de quelques décisions judiciaires montrera que la jurisprudence est d'accord avec la majorité de la doctrine pour affirmer que la dot mobilière dont la femme est demeurée propriétaire n'est pas inaliénable.

Au fond, la clef de l'énigme est dans l'emploi unique du mot inaliénabilité ; il n'en est pas qu'une seule, il y en a trois ; l'aliénation peut être interdite soit au mari, soit à la femme, soit à la femme avec le concours du mari ; et comme le régime dotal a plus ou moins modifié les règles de droit commun en matière d'aliénation, il n'est pas étonnant qu'une ou plusieurs confusions se soient produites.

Quant à celle qui nous occupe pour le moment, la notion vulgaire est que la jurisprudence déclare la dot mobilière inaliénable. Sans doute, mais

inaliénable par qui ? Par le mari ? Par la femme ? ou par les deux conjointement ?

Désastreux défaut de distinction auquel vient s'ajouter un second : lorsque l'on pose la question : la dot mobilière est-elle inaliénable ? On ne dit pas de quelle dot mobilière il s'agit : Est-ce de celle dont le mari est propriétaire pendant le mariage et dont il devient débiteur à la dissolution du régime ? Ou bien est-ce de celle dont la femme demeure propriétaire ? La réponse est facile si l'on cherche le sens légal du mot inaliénabilité dans le Code : ses règles s'appliquent sans conteste aux immeubles, c'est-à-dire à des biens dont la femme demeure propriétaire.

Si nous passons aux meubles, l'expression ne doit s'entendre ainsi que de ceux qui sont restés propriété de celle-ci. Voilà faite une première distinction, suivant la terminologie et le sens des textes de loi.

Cela dit sur les biens auxquels s'applique la controverse, reprenons la première question : à qui l'aliénation est-elle permise ou défendue ?

Dans le texte de la loi, en suivant le développement logique du sens des mots : les immeubles sont inaliénables absolument par le mari seul, par la femme seule, par les deux ensemble ; quant aux meubles, corps certains (les seuls venons-nous de spécifier qui sont en question), l'aliénation est

interdite à la femme seule, cela va sans dire, non en vertu de l'inaliénabilité dotale, mais en vertu de l'incapacité des femmes mariées. Pour la femme assistée de son mari, c'est justement la controverse que nous venons d'exposer et que la majorité des auteurs tranche en faveur de la non-inaliénabilité, de la non-application à ces meubles, corps certains de l'article 1560.

Au sujet de la jurisprudence, nous prétendrons et soutiendrons qu'elle se rapporte aux dispositions consenties relativement aux biens dotaux dont le mari était propriétaire, dont il devait seulement la valeur, relativement, en un mot, à la créance de la femme contre le mari; nous verrons, sur toute la ligne et de plus en plus les jugements, les arrêts dénier à la *femme* tout droit de compromettre en quoi que ce soit cette créance et pousser l'interdiction et ses conséquences jusqu'à la théorie de la *dot incluse*. En admettant provisoirement cette affirmation, ne pourrait-on pas la faire rejaillir sur la question relative aux meubles corps certains? Il est vrai que les textes du Code n'étendent pas à cette catégorie des biens la défense faite à la femme d'aliéner avec le concours du mari. Mais il est non moins vrai qu'en consentant cette aliénation, elle transforme son droit de propriété en droit de créance et par là même empire singulièrement sa situation, en

substituant une créance à son droit de reprise en nature ? N'est-ce pas cette considération qui a déterminé les tribunaux à instituer et à développer la théorie de la dot incluse : la femme, sous le régime dotal, ne peut rien faire qui altère en quoi que ce soit sa chance de recouvrer sa dot intacte, soit en nature, soit du moins en valeur. Si l'on transportait ce principe de la jurisprudence dans la conception légale, on arriverait à cette formule qui n'a que l'apparence paradoxale : l'inaliénabilité introduite, étendue par la jurisprudence a rejoint sur l'inaliénabilité légale et entraîné pour la femme l'incapacité de disposer de sa dot en corps certains, même avec le concours du mari.

Donc, la dot mobilière en corps certains, aliénable par les deux époux, suivant le Code, est inaliénable par les deux époux suivant la jurisprudence.

C'est ce qui accrédite le préjugé d'après lequel, la jurisprudence déclare l'inaliénabilité de la dot mobilière : certes, mais ce n'est pas l'inaliénabilité du Code, sinon par voie de répercussion, et c'est pourquoi, avant de résoudre la question d'inaliénabilité de la dot mobilière, il faut demander d'abord : de quels biens il s'agit — de quelle inaliénabilité on veut parler.

La question ainsi débrouillée, revenons à l'allégation première qui nous a entraînés dans ce mâ-

quis : est-il vrai, comme nous l'avons affirmé, que les décisions judiciaires interdisent — en tout et pour tout et c'est encore beaucoup trop — interdisent à la femme de rien faire qui compromette sa créance dotale, et ne lui interdisent que cela ?

La question est capitale dans le présent sujet : car la théorie de la dot incluse n'est que le corollaire de l'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que l'a créée la jurisprudence.

Un temps d'arrêt pourtant de nouveau sur l'aliénation des meubles dotaux, corps certains, *par le mari seul*. Dans notre examen des textes judiciaires, comme pendant de la défense faite à la femme de disposer de sa créance, nous allons trouver la faculté accordée au mari d'aliéner à lui seul, sans la femme, les dits meubles dotaux. Sur ce premier point, la jurisprudence trouve certain appui dans la doctrine. Il ne manque pas d'auteurs pour reconnaître cette faculté au mari, sans toutefois la fonder sur un droit de propriété du mari, que personne n'affirmerait aujourd'hui et qui a suivi à tout jamais le droit romain dans sa chute.

Les partisans du pouvoir marital, à ce sujet, prétexteront de l'étendue spéciale des pouvoirs d'administration, sous le régime dotal. Il est certain que, à tort ou à raison, ces pouvoirs sont plus étendus que sous tout autre régime : quand il n'y

en aurait pour preuve que ce droit aux actions pétitoires de la femme, droit qui, sur ce point capital, fait du mari un quasi propriétaire des immeubles mêmes : « Propriétaire de la dot à Rome, *dominus dotis*, dit Marcadé (1), le mari, à toute époque, a pu aliéner seul les meubles dotaux. Et comme le Code n'a rien changé à cet état de choses, la règle existe donc toujours, avec cette seule différence que le droit d'aliénation, qui découlait autrefois pour le mari de sa qualité de propriétaire, découle aujourd'hui de sa qualité de *procurator* de la femme ».

Quelle que soit l'autorité de l'auteur que nous venons de citer, quelle que soit l'utilité pratique de suivre les errements de la jurisprudence, nous avouons ne point partager cette opinion, et croire qu'elle repose sur la confusion si souvent signalée déjà, mais sur laquelle il est nécessaire de revenir sans cesse, parce que là nous paraît être le nœud de la question ; confusion entre les meubles que le mari non propriétaire doit rendre en nature et les biens dotaux dont il ne doit que la valeur. Quant aux premiers, comment admettre — dès que l'on reconnaît sans conteste que la propriété est demeurée à la femme — comment admettre que le mari, non propriétaire, puisse en disposer en les aliénant. Il en est usufruitier

(1) Marcadé, t. V. *Contrat de Mariage*, art. 1554.

comme de tous les biens restituables en nature, voilà tout : qu'il en use, qu'il les conserve et qu'il les restitue non détériorés par sa faute. Mais que le régime dotal ait eu pour effet de déroger à la règle essentielle que nul, sinon le propriétaire, ne peut aliéner, ce serait la plus étrange anomalie, la plus forte contradiction entre le but de ce régime et les effets qu'il produirait.

Ainsi le régime dotal aurait pour but de sauvegarder la dot, quelle qu'elle soit, de la femme, et il produirait ce singulier effet de la priver dès l'abord et autant qu'il plairait au mari, de cette garantie sacrée du droit de propriété, à savoir que le maître seul peut disposer de son bien ! Ainsi la femme, ses parents, son tuteur, tous ceux qui veillent sur son avenir, le jour du mariage, auraient pris comme protection légale l'adoption du régime dotal et le premier résultat de tant de belles précautions serait de mettre à la disposition arbitraire du mari toute cette partie de la dot mobilière dont elle a conservé la propriété. C'est inadmissible.

Et que l'on ne prétexte pas que la question soit de peu d'importance. Le xx^e siècle est loin de l'époque où sonnait encore le vieil adage : *Vilis mobiliū possessio*. Il ne serait plus paradoxal de renverser la maxime au profit des meubles au détriment des immeubles.

Sans doute, ceux-ci conserveront leur valeur, la terre demeure avec ses qualités et tout, évidemment, se tire d'elle, entendant par la terre la nature entière offerte à l'homme et travaillée par lui. Sans doute, chaumières, palais, usines viennent sans cesse la couvrir de nouvelles valeurs et cet appoint des fortunes sera toujours considérable. Mais sans parler des meubles meublants, auxquels la fantaisie d'une mode grandissante donne une importance accrue au delà de toute prévision, sans parler des collections de toutes sortes, des amas, c'est le mot, de bijoux, de dentelles, de fourrures de prix, que dire des valeurs mobilières, de ce portefeuille qui forme aujourd'hui le plus riche morceau des fortunes.

Et ce serait pour mettre ce stock prodigieux à la discrétion du mari que l'on aurait conservé le régime dotal !

Non, la jurisprudence et les auteurs qui le décideraient ou qui l'auraient décidé, ne feraient là qu'une application de ce régime, contraire à la fonction pour laquelle il a été créé.

Voici donc le point où ce travail est parvenu.

La femme seule est incapable d'aliéner son mobilier restituable en nature, faute de l'autorisation nécessaire à toute femme mariée. Le mari, croyons-nous, ne peut pas davantage disposer seul de cette partie de la dot.

Mais nous ne voyons dans le régime dotal aucun obstacle à ce que la femme et le mari l'aliènent d'un commun accord : car, d'un côté, c'est le propriétaire, la femme qui aliène, en second lieu, celle-ci a l'autorisation qui lui supprime l'action en rescision pour défaut d'autorisation ; enfin, c'est la solution de la controverse exposée plus haut, ce sont les immeubles dotaux dont les articles 1554 et 1560 défendent l'aliénation aux époux agissant de concert ; mais cette défense ne s'applique pas aux meubles dont la femme est demeurée propriétaire. Ainsi, de ce chef, le régime dotal ne donne aucune protection spéciale à la femme, pour l'armer contre sa propre faiblesse et l'empêcher de céder aux sollicitations du mari.

Le terrain ainsi déblayé relativement à la dot mobilière consistant en corps certains restituables en nature, reste la dot restituable en valeur, la créance de la femme contre le mari en restitution de sa dot. Mais avant d'en aborder l'étude, au point de vue des sûretés créées pour en assurer le paiement, tâchons de constater dans les jugements et arrêts rendus sur la question de la dot mobilière les trois propositions formulées ci-dessus, à savoir que :

1° La jurisprudence déclare la dot mobilière aliénable par le mari.

2° La jurisprudence déclare la dot mobilière

inaliénable par la femme même autorisée du mari.

3° La jurisprudence entendait par cette dernière formule relever la femme des conséquences de tout acte de sa part qui pourrait compromettre sa créance en restitution de dot, et, par voie de répercussion, lui interdire les aliénations de corps certains faites avec le concours du mari, aliénations qui empirent sa situation en substituant un droit de créance à son droit réel de reprise en nature.

Constater le développement de cette tendance à protéger la femme dotale, fût-ce au delà des prévisions du législateur de 1803, ce sera saisir la jurisprudence sur le seuil de sa théorie de la dot incluse.

Cherchons d'abord les textes qui permettent au mari d'aliéner sans le concours de sa femme la dot mobilière, suivant le terme collectif toujours employé dans les sentences judiciaires visées.

Débutons par un arrêt de la Cour de Limoges du 5 juillet 1816, (1) dont les considérants nous étonneraient aujourd'hui : « Considérant que le « mari étant propriétaire de la dot pendant le ma-
« riage... il en a seul la libre disposition pendant
« le mariage ».

Sans aucun doute, si ce texte était entendu dans toute la rigueur des termes employés il conduirait

(1) S. chron. 1819, 1^{re} partie p. 16.

à cette conséquence logique que le mari propriétaire de toute la dot aurait et aurait seul le droit de disposer à son gré, sans aucune intervention de la femme, non seulement des corps certains compris dans la dot mobilière, mais des immeubles eux-mêmes. L'exagération même des conséquences nous avertit que nous sommes sur une fausse voie, qu'il ne s'agit pas ici de toute la dot, mais seulement de la partie de la dot mobilière dont le mari est devenu propriétaire, suivant les principes du quasi-usufruit, à charge d'en payer la valeur. Il n'y a qu'à continuer la lecture de l'arrêt pour s'en convaincre :

«...de manière que la femme devient seule « créancière sur ce point ». Il s'agit donc uniquement de la partie de dot dont celle-ci est seulement créancière et aucunement des immeubles ou des corps certains mobiliers dont elle est restée propriétaire.

Conséquence suivant l'arrêt : « La femme n'en a point la disposition pendant le mariage ». Donc, il y a contre elle prohibition d'aliéner, qu'est-ce à dire, sinon défense d'aliéner, de disposer de sa créance, de faire acte pouvant compromettre cette créance, même avec l'adhésion du mari ?

Pourquoi ? Pour le motif qui va dominer toute la jurisprudence désormais, pour le motif qui avait présidé à la naissance du régime dotal, à

Rome ; il faut se décider pour les mesures qui peuvent conserver la dot suivant cet adage ancien : *interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse.*

On ne saurait donc voir dans l'arrêt de la Cour de Limoges, ni le droit du mari, administrateur, de disposer seul des corps certains mobiliers, ni la défense à la femme propriétaire de les aliéner avec autorisation du mari, puisque l'arrêt se réfère uniquement à la créance dotale portant sur une somme d'argent. Si la Cour s'était donné la peine de prévenir qu'il s'agissait de cette créance et d'elle seule, les considérants de son arrêt seraient irréprochables. Par cette seule addition nécessaire on aboutirait au principe : la femme ne peut, même d'accord avec son mari, compromettre en quoi que soit sa créance en restitution de dot.

Pourvoi fut formé contre l'arrêt de la Cour de Limoges, mais rejeté par la Cour de cassation, qui confirmait ainsi les considérants et la théorie de l'arrêt et qui supposait admise la même manière de poser la question : la femme ne peut disposer de sa créance dotale en restitution. En lisant les attendus de la Cour Suprême, nous regrettons que le texte ne présente pas la même sobriété et la même concision que celui de l'arrêt attaqué. Dans l'arrêt de Limoges, avons-nous dit, une fois mise

en lumière l'hypothèse visée de la dot mobilière en valeur, les principes étaient irréprochables. Dans l'arrêt de Cassation ces principes ne sont pas reproduits avec la même netteté ; ils se trouvent en outre mélangés à d'autres règles, plus ou moins utiles à évoquer en l'espèce et ne formant guère que des fragments d'une théorie générale assez suspecte. Pour nous, le point capital est toujours la distinction de la dot mobilière en deux parts : biens dont le mari devient propriétaire, biens dont la femme demeure propriétaire ; et nous avons pensé et cru démontrer que les considérants de la Cour de Limoges visaient exclusivement la première classe de biens ; c'est donc dès lors en vertu de son droit de propriété sur cette partie de la dot, droit né de la nature des biens, fongibles, ou de l'estimation faite, que le mari peut disposer de cette partie de la dot. La Cour de cassation a été mal inspirée en affirmant qu'aujourd'hui encore, « d'après les dispositions du droit romain, le mari » est « seul maître de la dot mobilière, dont il a la propriété ». Rappeler en la cause les principes du droit romain, c'était ancrer cette confusion entre les deux parts de la dot mobilière qui a créé la fausse théorie, ou plutôt l'apparence de fausse théorie. Oui, en droit romain, en souvenir de l'état originaire de la condition de l'*uxor*, le mari était propriétaire de toute la dot, immeu-

bles, meubles fongibles, meubles estimés, corps certains. Mais aujourd'hui, il n'est plus propriétaire que de la dot fongible ou estimée, mais non des corps certains mobiliers. Quel besoin la Cour de Cassation ressentait-elle d'invoquer les principes romains? C'était une erreur, et elle engendrait cette généralisation fatale qui, sous le vocable unique : « dot mobilière », confond les deux parts de la dot mobilière.

La Cour avait, en second lieu, tort de faire une seconde généralisation, en affirmant ce principe absolu que l'inaliénabilité de la dot est de l'essence du régime dotal. Ce qui est contraire à l'article 1557 qui permet d'adopter le régime dotal, tout en stipulant que les immeubles dotaux seront aliénables. Il y aurait encore d'autres critiques à adresser à l'arrêt de la Cour Suprême ; nous ne retenons que celles qui tiennent intimement au sujet de la dot incluse.

A l'inverse, autorisons-nous du même texte pour remettre en lumière le motif qui, de tous temps, a poussé la jurisprudence française à élargir, même à exagérer la protection que le régime dotal assure à la femme, cette cause déterminante de la théorie de la dot incluse : « le régime dotal n'a d'autre objet que d'assurer la dot..., en garantissant la femme contre sa propre faiblesse vis-à-vis des sollicitations de son mari. »

Il est encore possible d'induire des termes employés comme synonymes, « meubles ou deniers dotaux », qu'il s'agit de la dot mobilière en argent, de laquelle, dès lors, la Cour déclare à juste titre le mari propriétaire et capable d'aliéner. Précieuse indication d'ailleurs, car s'il s'agissait de la dot en corps certains, ce serait une singulière façon de protéger la femme que de lui en enlever la disposition pour la donner à son mari.

Une dernière remarque sur ces arrêts, avant d'en aborder la critique : il est interdit à la femme d'aliéner sa dot mobilière, avec autorisation du mari « même indirectement ». N'est-ce pas, ainsi prévue, justement cette défense faite à la femme de consentir à ce que le mari aliène sa dot en corps certains, aliénation qui transformerait son droit de propriété en droit de créance et compromettrait ainsi indirectement la sûreté des restitutions à obtenir.

Combien donc il est difficile, dans la science juridique d'éviter les confusions de mots ou d'idées ! A la fin du même arrêt, la Cour ne fait-elle pas une seule et même question des biens qui constituent la dot aux termes de l'article 1541 et des garanties qui assurent à la femme la restitution de ces biens ? Ne termine-t-elle pas son arrêt par ce cri d'alarme : « il en résulterait que, par le très « grand nombre de femmes qui n'ont pour dot que

« du mobilier, il n'y aurait pas réellement de régime dotal ». C'est presque un truisme : il ne peut guère y avoir que les femmes à fortune immobilière qui songent au régime dotal, puisque, au dire de la Cour même, c'est l'inaliénabilité qui pousse à l'adoption du régime et que, sans y prendre garde, la Cour, en permettant au mari d'aliéner la dot dont il est propriétaire, formule malheureusement cette faculté très juridique, en employant l'expression générale « dot mobilière » sans distinguer.

Tous les arrêts se servent de la même terminologie, tous conduisent à la même interprétation erronée de la pensée des tribunaux.

Voici, comme exemple saillant, un arrêt de la Cour de Douai, confirmatif lui-même d'un jugement du tribunal civil de Lille (1) qui pose les vrais principes de la matière, et qui semble en contradiction absolue avec les décisions précédemment étudiées de la Cour de Limoges et de la Cour de cassation.

« Attendu que le Code civil renferme un système complet de législation sur le régime dotal, que c'est dans ce Code et non dans les lois antérieures que l'on doit puiser la règle à suivre pour la solution de la question qui se présente

(1) S. 60, 2, 618, P. 1860, 1060, voir aussi Pau, 13 juin 66 S. 67, 2, 41.

« à juger. Attendu que aucune disposition du
« Code ne défend à la femme mariée sous le ré-
« gime dotal l'aliénation de ses meubles dotaux ;
« que la prohibition contenue en l'art. 1554 du
« Code civil doit être restreinte aux seuls immeu-
« bles dotaux ; que les termes clairs et précis dont
« s'est servi le législateur ne permettent pas
« d'étendre cette prohibition aux meubles ; qu'en
« vain on argumente de cette expression : *biens*,
« qui se rencontre dans les articles 1555 et 1556 ;
« pour étendre aux meubles la disposition prohi-
« bitive concernant les immeubles, puisque ces
« articles, comme l'indiquent les expressions
« finales de l'art. 1554, ne font qu'édicter des ex-
« ceptions que l'on doit restreindre aux seules
« choses mentionnées dans la règle générale (1) ».

Voilà donc nettement reconnu à la femme le droit d'aliéner ses meubles dotaux, alors que les deux décisions précédentes lui déniaient le même droit. Donc, dira-t-on, contradiction complète entre les deux opinions.

Aucunement ; les décisions qui repoussent la faculté d'aliéner s'appliquent à la créance de la femme, donc aux meubles dotaux dont le mari était propriétaire ; celles du Tribunal de Lille et de la Cour de Douai s'appliquent aux meubles

(1) Affaire Castel-Lipsin, S., 1837, 1, 98.

dont la femme est restée propriétaire. Là gît tout le secret de la contradiction apparente.

L'auteur cité plus haut, Marcadé (1), a très bien vu qu'il y avait « malentendu » dans l'interprétation erronée qu'on faisait de la pensée de la jurisprudence. Il a fort bien dissipé le malentendu sur le premier point en distinguant les aliénations consenties par la femme avec concours du mari, des aliénations consenties par le mari seul. Il a même fort bien entrevu le second point, à savoir la confusion faite entre les deux parties de la dot mobilière :

« Il est vrai, dit-il, que les arrêts soit de la Cour suprême, soit des Cours d'appel, s'expriment à cet égard dans les termes les plus propres à induire en erreur, et que partout ils donnent de la manière la plus formelle à la dot mobilière la qualification d'inaliénable ; mais cette qualification n'est qu'un terme impropre, exprimant une idée tout autre que celle qu'elle semble exprimer et quand on laisse de côté les *mots* pour considérer les *choses*, on voit qu'il ne s'agit là en aucune façon de l'inaliénabilité des biens (2). »

Par malheur pour son opinion, Marcadé s'en tient là, il signale le malentendu, il ne l'expose pas ; il ne va pas jusqu'à cette distinction essen-

(1) V. *supra*, p. 84.

(2) Marcadé, *Contrat de Mariage*, t. V, art. 1554, III.

tielle : de même qu'il y a aliénation et aliénation, suivant la personne qui aliène, de même, il y a dot mobilière et dot mobilière suivant les biens qui sont en question. L'esprit si perspicace de Marcadé s'est trouvé en défaut, et lui-même quelques lignes plus loin, tombant dans la même faute de langage que la jurisprudence, parle d'aliénabilité des meubles dotaux, sans faire de distinction entre les deux classes qui sont régies par des règles tout opposées. La distinction lui apparaissait, il la sentait, mais il ne la faisait pas. Aussi fait-il une confusion plus dangereuse que le défaut de distinction de la jurisprudence : il va jusqu'à mettre dans une même classe « les créances dotales qui font partie de la dot mobilière et la créance en restitution de la femme contre le mari » ; c'est encore bien pis que de confondre les deux classes de biens composant la dot mobilière. Aussi termine-t-il son exposé par une phrase dont les termes sont, autant que ceux des arrêts, propres à induire en erreur sur la pensée de la jurisprudence.

Désormais il ne va plus distinguer entre les aliénations, qu'en se demandant si elles proviennent du mari ou de la femme, mais, comme les arrêts, il ne parlera plus que de « dot mobilière » sans aucune distinction.

Nous pensons avoir démontré par l'analyse et

la critique des arrêts les trois propositions ci-dessus formulées (1). En somme, ces décisions visent toujours directement la créance que la femme exerce lors de la dissolution du régime, cumulativement avec la reprise en nature de ses immeubles et des meubles dont le mari n'était pas devenu propriétaire.

Nous avons formellement refusé au mari le droit d'aliéner cette dernière partie de la dot mobilière et si les auteurs qui soutiennent le contraire se disent en accord avec la jurisprudence, nous prétendons encore qu'ils se trompent et que dans les textes des arrêts, si l'on trouve que le mari peut aliéner la dot mobilière, cela n'est vrai dans la pensée même des magistrats, que de la dot dont le mari est devenu propriétaire et de la valeur de laquelle il se trouve débiteur envers la femme.

Et la conclusion de ce long développement, c'est que tous, arrêts de Cour d'appel aussi bien qu'arrêts de Cour de cassation, tous entendent, lorsqu'ils disent que la femme ne peut aliéner sa dot mobilière, que la femme ne peut rien faire qui compromette la créance globale qu'elle aura contre son mari, au jour de la reddition de comptes. C'est ainsi que, suivant leurs expressions, ils protègent la femme contre sa propre faiblesse, c'est ainsi

(1) P. 87.

qu'à côté de l'inaliénabilité légale des immeubles dotaux, ils ont créé l'inaliénabilité jurisprudentielle de la dot mobilière. Et cette seconde inaliénabilité, non prévue par les rédacteurs du Code civil, nous pouvons dire qu'ils l'ont poussée à ses extrêmes limites en déclarant : 1° que la femme ne peut rien faire qui compromette sa créance relative à la partie de sa dot mobilière dont le mari était devenu propriétaire ; 2° que la femme ne peut, même avec une autorisation quelconque, aliéner l'autre fraction de cette dot, celle dont elle a conservé la propriété, la nue propriété plutôt, parce que ce serait transformer son droit de reprise en nature sur cette fraction en droit de créance et empêcher ainsi la situation qu'elle aurait eue au moment de la dissolution du régime. Peut-être encore ici la puissance des mots a-t-elle entraîné les tribunaux plus loin qu'ils n'avaient d'abord supposé ; peut-être le mot « créance » jouant un double rôle dans les deux phrases ci-dessus, leur a-t-il permis de satisfaire le grand désir qu'ils témoignaient de protéger la femme au delà des limites fixées par le droit civil et d'arriver à cette anomalie singulière d'un régime dotal plus suranné et plus anti-économique que celui du droit romain et de nos pays de droit écrit eux-mêmes.

CHAPITRE II

THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION DE LA DOT. — DIVERSES HYPOTHÈSES DE DOT INCLUSE

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Séparation de biens.

Il n'a été jusqu'ici prévu qu'un seul mode de dissolution du régime, celui qui accompagne la dissolution du mariage par le divorce ou la mort de l'un des époux.

La séparation de biens, autorisée par l'article 1563, étant prononcée au cours du mariage, peut compliquer la situation : la femme va reprendre l'administration de sa fortune, dessaisir le mari de tout droit sur la dot ; substituer au droit de celui-ci, droit d'usufruitier ou de quasi usufruitier, un simple droit à la portion de revenus formant la contribution de la femme aux dépenses communes ; non en vertu de l'article 1575 qui décide que : si tous les biens de la femme sont

paraphernaux, la femme contribue aux charges du mariage pour le tiers de ses revenus, mais en vertu de l'article 1448 : « La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari » aux charges du mariage ; et cela en vertu aussi du renvoi que l'article 1563 fait à l'article 1448.

Pourquoi insister sur ce point qui semble étranger à notre sujet ? il est nécessaire de formuler déjà cette vérité, sur laquelle il faudra insister plus tard : si la femme séparée de biens contribue aux charges du ménage, non conformément à l'article 1575 et non en vertu de cet article, c'est qu'après la séparation de biens, les biens dotaux demeurent dotaux ; et demeurent seuls paraphernaux les biens qui étaient paraphernaux avant la séparation de biens. Nous verrons plus loin la jurisprudence, déjà suggestionnée par l'équivoque contenue dans l'expression *dot mobilière*, l'être de nouveau, plus désastreusement encore, par l'opposition mal comprise des adjectifs dotaux et paraphernaux. C'est pourquoi, préalablement, cette remarque : que la séparation de biens ne crée pas de nouveaux paraphernaux à la femme et laisse dotaux les biens qui étaient dotaux à ce moment.

Dotaux avec le même caractère qu'auparavant ? Non, certes, nous allons le voir ; dotaux quant à la consistance des biens, quant à l'étendue de cette

partie de la fortune de la femme qui demeure immuable ; mais les effets de la dotalité vont être modifiés, cela fait pressentir que, de même qu'il y a inaliénabilité et inaliénabilité, de même qu'il y a dot mobilière et dot mobilière ; de même il y a dotaux et dotaux : les biens dotaux déterminés par les conventions des parties changent de caractère sur certains points, après la séparation de biens.

Avant d'envisager l'avenir, constatons d'abord le présent. La séparation de biens entraîne la dissolution anticipée du régime dotal et réclame une liquidation immédiate des droits respectifs des époux. L'heure de la restitution de dot est sonnée ; il faut au mari rendre des comptes et remettre la dot.

En quel état se trouve-t-elle ? Quel est le contenu de l'action en restitution de dot ? Elle vise et ne peut viser que deux éléments, les éléments naturels de tout patrimoine, les corps certains, les créances.

D'un côté d'abord, les corps certains existants actuellement entre les mains du mari. La femme les recouvre en nature. Elle peut même réclamer aux tiers acquéreurs ceux qui leur auraient été indûment aliénés. Immeubles dotaux, sans conteste ; meubles dotaux, corps certains aliénés par le mari (1) pour les partisans de l'opinion que le

(1) Sauf toujours application de 2279 C. c.

mari n'a pas eu le droit de les aliéner; meubles dotaux, corps certains aliénés par la femme seule, qui exerce à leur égard son action en rescision pour défaut d'autorisation; meubles dotaux, corps certains aliénés par la femme autorisée du mari, pour les jurisconsultes qui persisteraient à déclarer cette partie de la dot comme frappée de la même inaliénabilité que les immeubles.

La femme reprend encore en nature les biens subrogés aux biens dotaux par l'effet d'un remploi régulier, peu importe qu'il ait, ou non, été déclaré obligatoire par le contrat de mariage, de ce fait que le remploi a été régulier, le bien acquis se trouve subrogé au bien dotal aliéné.

En second lieu, la femme a des créances à exercer. Elle réclame au mari: la valeur des meubles fongibles qu'elle avait constitués en dot ou que des tiers lui avaient donnés par contrat de mariage; la valeur des meubles livrés sur estimation, des immeubles qui, lors du mariage, avaient été estimés avec déclaration que l'estimation valait vente; la valeur de tous les biens dotaux qui auraient été dûment aliénés et dont le prix n'aurait pas fait l'objet d'un remploi.

La femme est encore créancière à l'occasion des fautes d'administration du mari. Mais ce n'est pas ici le lieu de rechercher et d'énumérer toutes les sources de ses diverses créances; ce n'est pas la

quantité d'objets, mais la qualité du droit qui est ici en question. De même, nous renvoyons à plus tard la liste des garanties qui assurent à la femme l'exercice de ses droits de créance. Ce qu'il importe seulement de constater pour le moment, c'est qu'à la suite de la restitution de sa dot, et en dehors de ses paraphernaux demeurés intacts, son patrimoine dotal comprend : 1° des corps certains ; 2° une créance pécuniaire.

Des corps certains, c'est-à-dire, tout ce qu'elle a repris en nature : immeubles, meubles meublants, valeurs mobilières, meubles fongibles restitués en équivalent. C'est la femme qui désormais administre cette part de sa fortune ; au même titre que ses paraphernaux ; au même titre que si la séparation de biens avait succédé à un régime de communauté. Il lui faudra toujours l'autorisation pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles et pour tester en justice (C. C. 217, 1449-3°).

Relativement à l'étendue de ses pouvoirs, un premier point nous intéresse actuellement : les aliénations. D'immeubles dotaux d'abord ; la dotalité qui les avait frappés n'a pas disparu : ils demeurent entre ses mains inaliénables, même avec autorisation du mari, insaisissables par ses créanciers, pour toute dette contractée soit avant le mariage, — sauf l'application de l'action paulienne, — soit pendant le mariage.

Les meubles corps certains restent aussi dans la même condition juridique qu'entre les mains du mari : inaliénables pour la femme, même autorisée, selon les partisans de la dot mobilière inaliénable ; aliénables pour ceux qui soutiennent l'opinion contraire. Il va sans dire qu'il ne peut plus être question d'aliénation consentie par le mari seul, puisqu'il n'a même plus ce pouvoir d'administrateur, de représentant légal dont Marcadé s'autorisait pour en permettre la disposition au mari.

Reste l'argent que le mari a remis à la femme en paiement de partie de la dot. Grosse question, faisant partie intégrante de notre sujet, agitée de même que celle de l'inaliénabilité de la dot mobilière, dans les sentences des Cours et Tribunaux. La femme est-elle obligée de remployer en immeubles, en valeurs mobilières immobilisées, etc., les fonds que le mari lui a versés ?

Avant d'aborder les textes d'arrêts, précisons une solution qui paraît admise par tous : les clauses d'emploi et de remploi insérées dans le contrat de mariage conservent toute leur valeur ; la femme devra les respecter et les appliquer comme le faisait le mari. Mais la question présente va plus loin : la dotalité persistante va-t-elle imposer à la femme des emplois que le contrat de mariage ou la loi (C. C. 1559, 2^e) ne prévoyait pas ?

Non, sans doute. « Décider autrement, dit

« M. Planiol, serait ajouter aux prescriptions de
« la loi et du Contrat de mariage. La liberté est de
« règle dans la disposition des biens de chacun.
« Le régime dotal y apporte des restrictions dans
« un intérêt de famille ; le contrat les prévoit ;
« fixées à l'égard du mari, qui normalement dé-
« tient la dot, elles sont appliquées par analogie à
« la femme, qui la reçoit après la séparation. Mais
« les tribunaux ne doivent pas exagérer les précau-
« tions dont les parties ont cru devoir s'entourer ».

La jurisprudence, engagée dans la voie de l'inaliénabilité de la dot mobilière ou plutôt dans l'exagération des garanties de la créance en restitution de dot, devait logiquement étendre cette protection à la période qui suit la séparation. Ce fut ce qui arriva d'abord : mais la jurisprudence hésita ensuite, reculant devant cette conséquence extrême de sa théorie. Ce fut seulement en 1858 qu'un arrêt de la Cour de Caen (1) refusa d'imposer à la femme séparée l'obligation de remployer les deniers dotaux.

Dix ans plus tard, l'opinion inverse se plaidait encore, les arguments présentés pour la soutenir sont développés dans un pourvoi en Cassation formé contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 16 août 1865 (2), pourvoi dont voici les termes :

(1) Caen, 7 juill. 58, S. 60, 2, 618.

(2) Cass., 24 mai 67, D. 67, 1, 207 — S. 68, 1, 452.

« Aucun texte ne subordonne la capacité de la
« femme dotale, séparée de biens pour exiger ou
« recevoir le remboursement de ses capitaux do-
« taux, à la condition d'un emploi ou d'un bail
« de caution, lorsque cette condition ne résulte
« pas des conventions matrimoniales. Mais il
« n'existe pas non plus de texte qui consacre ex-
« pressément l'inaliénabilité de la dot mobilière,
« et cependant la Cour de cassation n'a pas hésité
« à se prononcer en faveur de l'inaliénabilité » —
Préambule remarquable au point de vue des pou-
voirs que s'attribue la jurisprudence, de statuer
sans texte ; c'est-à-dire de légiférer, malgré l'arti-
cle 5 du Code civil. — Or, à quoi servirait de déclai-
« rer cette dot inaliénable, si l'on accordait en
« même temps à la femme toute facilité pour se
« ruiner et pour réduire ses enfants à la misère, et
« si l'on ne prenait aucun moyen pour la protéger
« contre sa propre faiblesse ? La séparation, qui a
« pour but de sauver la dot, produirait des consé-
« quences contraires à son institution ; car rien
« n'empêcherait la femme d'employer sa dot à de
« folles dépenses ou de l'abandonner à ses créan-
« ciers ou à ceux de son mari. On ne peut, après la
« séparation, assimiler le droit de la femme à celui
« qu'avait le mari. Celui-ci administrait la dot en
« maître ; la femme l'administre en dépositaire, au
« nom et pour le compte de la famille. Quand le

« mari n'est pas soumis à l'obligation du emploi
« les erreurs de son administration sont garanties
« par l'hypothèque que la loi donne à la femme ;
« mais aucune garantie n'est opposée à la mau-
« vaise administration de la femme, si elle n'est pas
« tenue de faire emploi. »

C'est, on le voit, toujours le même motif, le même but, sauvegarder à tout prix la dot de la femme.

La Cour de cassation ne se laissa pas convaincre. Elle adopta l'opinion des Cours de Caen et de Toulouse et rejeta le pourvoi dans un arrêt dont voici les termes :

« Attendu que la femme dotale séparée de biens
« reprend la libre administration des biens dotaux
« confiée jusqu'alors au mari ; qu'au rang des actes
« d'administration l'art. 1549 place la faculté de
« recevoir les capitaux de la dot, sans aucune
« restriction ; que le contrat de mariage pourrait
« seul y attacher les conditions d'emploi, de bail
« de caution ou autres ; que la femme étant, par
« la séparation de biens, substituée au mari pour
« l'administration de la dot, reprend nécessaire-
« ment cette administration aux mêmes conditions
« et qu'il ne peut appartenir aux tribunaux de lui
« imposer notamment pour la réception de ses de-
« niers dotaux, des conditions que la loi et le con-
« trat n'ont pas mises à cette réception. »

Voilà donc la jurisprudence qui, rejetant par-dessus bord le dogme de l'inaliénabilité appliqué à la dot mobilière, laisse à la femme séparée la libre disposition de ses capitaux et n'exige d'elle le remploi ou l'emploi que dans les cas prévus par le contrat de mariage ou par un texte de loi.

Si telle est la décision de la Cour suprême, à plus forte raison devra-t-elle repousser une prétention plus accusée, encore émise par les partisans de l'obligation au remploi. Ils vont jusqu'à permettre aux tribunaux d'organiser, en dehors de toute clause spéciale du contrat de mariage, l'administration future de la femme, et de lui imposer, par une disposition du jugement même, une obligation d'emploi ou toute autre garantie (1).

Ils font observer que l'hypothèse de la séparation de biens n'a pas été prévue dans le contrat de mariage et ne devait pas l'être. Etendre à la femme séparée ce qui a été réglé à l'égard du mari est insuffisant, car le mari pouvait présenter par sa fortune personnelle des garanties que la femme

(1) On peut trouver, dans la jurisprudence, des jugements où le tribunal, en prononçant la séparation, s'est cru le droit d'imposer à la femme l'emploi de ses deniers. La Cour de cassation, en adoptant cette manière de voir, a nié que la décision des tribunaux produise effet à l'égard des tiers. Cass., 26 juil. 69, S. 70, 1, 17 et note, Cass., 14 mai 84. S. 85, 1, 61. Cass., 13 déc. 65, S. 66, 1, 119 et note. Dans cette espèce la femme s'oblige à un emploi, en traitant avec son mari pour la séparation de biens.

n'offre pas. Les magistrats doivent donc, en s'inspirant de l'esprit du contrat de mariage, établir ce que les parties auraient sans doute établi elles-mêmes, si l'hypothèse de la séparation des époux était entrée dans leurs prévisions.

Malgré ces motifs, nous ne croyons pas que la Cour de cassation démentirait, sur la question d'emploi obligatoire pour la femme séparée, la jurisprudence contenue dans son arrêt de 1867 (1). Ayant refusé de reconnaître une obligation légale d'emploi à la charge de celle-ci, elle devrait logiquement interdire aux tribunaux d'introduire dans leurs sentences des obligations judiciaires à cet emploi non imposé par la loi.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de 1867 est certainement contradictoire avec la théorie de la dot mobilière inaliénable, telle qu'elle est entendue par la jurisprudence bien interprétée, contradictoire avec la volonté constamment manifestée d'aller aux limites extrêmes de la protection de cette dot. Serait-ce l'indice d'une tendance à revenir sur des errements antérieurs ?

Cette question d'emploi obligatoire pour la femme séparée de biens une fois étudiée et ré-

(1) Cass., 21 mai 67, D. 67, 4, 207. Déjà dans l'ancien droit, la femme séparée ne pouvait recevoir les capitaux de sa dot que moyennant emploi. Julien. *Eléments de jurisprudence*, L, I, tit. 4, §§ 36 et 37 ; Tessier : *de la Dot*, t, I, n° LXIII, C., pp. 348 et 350.

pondue par une solution boiteuse, une seconde se soulève, non moins importante, suscitée également par la séparation de biens. Supposons qu'en fait, et, c'est ce qui arrivera le plus souvent, la femme ait fait emploi de l'argent à elle remis par le mari; cet argent faisait partie de la dot restituée, était dotal. Les biens acquis par la femme de ces deniers dotaux sont-ils eux-mêmes dotaux, sont-ils au moins la représentation de la dot?

En doctrine, l'affirmative semble naturelle; en jurisprudence, elle apporte un précieux appui à la volonté persistante des magistrats de sauvegarder la dot en valeur. Quel meilleur procédé, pour atteindre ce but, que de transformer ces deniers dotaux si périssables en bons immeubles inaliénables, insaisissables, imprescriptibles; en solides rentes d'Etat, en riches actions de la Banque de France, immobilisées les unes et les autres, suivant la faculté accordée par les lois de 1862 et de 1871, et offrant dès lors la même sécurité que les immeubles naturels? Tel sera le gain, si les biens acquis des deniers dotaux sont eux-mêmes dotaux (L. 2 juillet 1862, art. 46. L. 16 sept. 1871, art. 29).

Donc, faisons un pas de plus sur la voie des protections accordées à la femme et adoptons cette solution. Mais sera-t-elle d'accord avec le principe ci-dessus formulé et généralement reconnu,

qu'après la séparation, la situation dotale n'a pas changé, *mutandis mutatis*, toutefois, et les exemples en ont été donnés ? Or, que dit l'article 1553 : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage » ; et nous supposons qu'elle ne l'a pas été. Donc, si l'immeuble acquis par le mari des deniers dotaux n'est pas dotal, comment celui que la femme acquiert après la séparation le serait-il davantage ?

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Article 1553-2°.

Faut-il même pousser plus loin, et continuant l'article 1553 : « L'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent » n'est pas dotal, décider qu'il en serait de même de l'immeuble que le mari aurait livré à la femme séparée, en paiement de la dot qu'il lui devait en argent. Cette dernière hypothèse surtout mérite attention, car elle est le point d'attache pour la théorie de la dot incluse.

Que va décider la jurisprudence ? Fort hésitante jusqu'au milieu du xix^e siècle, elle présente même

une opposition assez frappante des Cours d'appel contre la Cour de cassation (1).

Un arrêt rendu par la Cour de Rouen, le 26 juin 1824, commence par affirmer les tendances qui vont se développer, dans les termes mêmes qui vont obscurcir la question, faute de distinction entre la dot corps certain et la dot valeur, faute encore de distinction entre les aliénations du mari et celles de la femme : « La dot mobilière d'une femme mariée sous le régime dotal est frappée de la même inaliénabilité que la dot immobilière ». L'arrêt en déduit, « comme conséquence nécessaire », que la dotalité frappe « les immeubles qui sont la représentation de cette dot », que « le législateur n'a pas pu vouloir que les biens délaissés par le mari pour remplir sa femme de ses droits et reprises fussent d'une nature différente de ces mêmes droits, puisque autrement, en perdant le caractère de dotalité, la femme ne trouverait qu'un remède inefficace dans la séparation de biens ».

La Cour d'Aix, le 25 juillet 1840, appuie cette jurisprudence en ces termes :

« Attendu que Marie-Thérèse Saissy, veuve « Arluc, s'étant soumise dans son contrat de ma-

(1) Rouen, 26 juin, 24, D. 25, 2, 24. S. 25, 2, 19, Montpellier, 17 nov. 30, S. 31, 2, 298, Aix, 25 juil. 40, S. 42, 1, 110, Grenoble, 1^{er} juil. 46, D. 47, 4, 419, Rouen, 18 nov. 46. D. 47, 4, 419.

« riage au régime dotal exclusif de communauté,
« tout ce qu'elle se constitua en biens meubles et
« en immeubles fut dotal, qu'un caractère d'ina-
« lienabilité fut ainsi imprimé à la dot, quelle
« qu'en fût la nature; que ce caractère a continué
« d'exister après la séparation de biens; qu'avant
« comme après celle-ci, et pendant toute la durée
« du mariage, les revenus de la dot ont la desti-
« nation sacrée de servir à supporter les charges
« du mariage, par leur emploi à l'entretien des
« époux et des enfants issus de leur union;

« Que les bienfaits de cette destination cesse-
« raient d'exister, si à l'époque du dérangement
« des affaires du mari, lorsque sa fortune person-
« nelle cesse d'offrir aux enfants des ressources
« utiles, il était permis à la femme qui obtient la
« séparation, d'aliéner tout ou partie de sa dot...

« Attendu que les immeubles que la femme a
« reçus de son mari en paiement d'une partie de
« sa dot mobilière sont la représentation de celle-
« ci; que de même que la femme n'aurait pu
« aliéner la somme d'argent qui lui fut constituée
« en dot, il a été hors de son pouvoir de vendre
« les immeubles qui la représentent. »

Certes, les arguments si énergiquement développés par la Cour d'Aix tiendraient une belle place dans une discussion où il s'agirait de rédiger la loi, d'adopter et d'y insérer une opinion.

Mais il nous semble que dans un arrêt, ils n'aboutissent qu'à substituer la conception des magistrats aux règles établies par le législateur.

Une remarque seulement, pour montrer une fois de plus que, dans tout ce sujet, la confusion se perpétue de la dot mobilière en corps certains avec la dot en argent, en valeur : « De même, dit la Cour, que la femme n'aurait pu aliéner la somme d'argent qui lui fut constituée en dot », comment inclure pareille phrase dans un arrêt, en la présentant, qui plus est, comme un principe de loi ? Sans doute, il est inutile de le dire, la femme n'a plus la disposition de l'argent qu'elle a remis au mari, mais c'est un fait et non une règle de droit. Quant au mari, qui pourrait, qui voudrait l'empêcher de disposer à sa guise de cet argent ? Serait-il même sage de l'immobiliser entre ses mains ? Qui ne voit dès l'origine, dans cette phrase malencontreuse, la pensée qui va guider la jurisprudence vers sa théorie de la dot incluse, telle que nous l'avons si souvent signalée : lorsque la dot est en argent, la femme, exposée à la perdre, la femme simple créancière ne peut rien faire qui compromette sa créance et diminue ses sûretés.

Mais déjà la Cour de Bordeaux avait, le 25 février 1829 (1), adopté l'opinion contraire, sur le

(1) S. 29, 2, 488. Cf. aussi Cass. 25 fév. 1817, S. 18, 1, 19.

fondement que l'inaliénabilité des biens acquis des deniers dotaux par la femme, impliquerait une véritable subrogation, dont la loi ne parle nulle part, puisqu'elle ne considère comme dotaux que :

« 1° Les biens constitués en dot et apportés par la femme au mari ;

« 2° Les immeubles échangés avec des immeubles dotaux en observant les formalités de l'article 1559 ou encore les immeubles acquis en remploi (art. 1559, 3°).

« Le cas d'achat d'immeubles avec les deniers dotaux n'est pas prévu ; ces immeubles ne seraient donc dotaux qu'autant qu'il y aurait subrogation légale et de droit et en appliquant la maxime : *Subrogatum capit naturam subrogati*. Mais on sait combien cette maxime est fautive. Elle est notamment tout à fait fausse dans le cas de vente où il n'y a pas subrogation du prix à la chose vendue et de la chose achetée à celle dont le prix a servi pour l'acquérir. »

La divergence allait cesser. La formule de la dot incluse était trouvée ; la femme acquiert des droits sur les biens qui sont la représentation de ses biens dotaux.

Seulement la question était de savoir, d'abord s'il y avait des biens qui fussent la représentation des biens dotaux et en second lieu quels étaient

ces biens représentatifs de la dot ; ces biens dans lesquels, suivant la terminologie actuelle, la dot est *renfermée, incluse*. Nous connaissons les biens dotaux : 1° ceux qui ont été constitués en dot par la femme sur sa fortune personnelle ; 2° ceux qui lui ont été donnés dans le contrat de mariage, par des tiers, sauf stipulation contraire (C. C., 1541) ; 3° ceux qui, au cours du mariage, ont été subrogés à des biens compris dans les deux numéros précédents.

Pour ces derniers, la Cour de Bordeaux semble bien avoir émis les vrais principes, en affirmant que la subrogation ne pouvait résulter que d'un texte de loi, et l'on ne trouvait de texte que l'article 1558, *in fine*, déclarant que le bien acquis avec les excédents du prix de vente, dans les cas prévus par l'article, est subrogé au bien donné ; et l'article 1559, suivant lequel l'immeuble reçu en échange d'un immeuble dotal est dotal, ainsi que l'immeuble acquis avec la soulte payée à la femme en cas d'échange.

Dans le premier et le troisième cas, les immeubles subrogés avaient été acquis avec des *deniers dotaux*. Pourquoi ne pas généraliser la formule et déclarer que tous biens acquis avec des deniers dotaux, étaient dotaux ?

Pourquoi ? Parce que l'article 1553 déclarait formellement que deux classes d'immeubles ac-

quis avec des deniers dotaux « n'étaient pas dotaux ». Que signifie cette règle ? Il s'agit dans le texte : 1° d'un immeuble acquis par le mari avec des deniers promis en dot et versés à ce titre ; donc, deniers dotaux, c'est-à-dire faisant partie de la dot, constitués en dot, versés en vertu de la promesse de dot ; mais pourtant, deniers, argent liquide, ne pouvant perdre, en vertu du titre de dot auquel ils étaient versés, leur nature propre de choses fongibles, de choses consommables par le premier usage ; donc demeurant soumis pour l'avenir à toutes les règles des choses fongibles. Or, la première de ces règles est que tout acquéreur d'usufruit sur une chose fongible en devient propriétaire pour s'en servir, à la charge d'en rendre l'équivalent (C. C., 587), sauf à qualifier son droit, si l'on en sent le besoin, de quasi-usufruit.

Voilà donc le mari mis en possession des deniers promis, absolument maître d'en disposer ; les écus sont dans sa caisse confondus avec tous ceux qui proviennent d'une autre source que la promesse de dot. Le mari en fera ce qu'il voudra. Mais on peut supposer, qu'achetant un bien quelconque, immeuble ou autre, corps certain toutefois, il déclare dans l'acte d'acquisition que celle-ci est faite avec les deniers dotaux. En quoi, cette déclaration absolument surabondante, peut-elle modifier le droit du mari sur le bien acquis par

lui ? et supposons même — autre inutilité — que la femme ait fait dans l'acte la même affirmation que le mari ? Etait-il donc au pouvoir du mari, même avec le concours de sa femme, de rendre dotal un bien dont la dotalité ne résultait pas du contrat de mariage ou de la loi ? Supposons même que le mari ait, dans l'acte d'achat, employé les formules complètes de l'article 1435, et après avoir indiqué la source des deniers, ait ajouté qu'il acquerrait l'immeuble en emploi des deniers dotaux, emploi même accepté dès lors par la femme. Etait-il au pouvoir du mari, même avec le concours de la femme, de rendre, au cours du mariage dotal, l'immeuble qui ne l'était pas suivant un contrat qui ne contenait aucune clause d'emploi obligatoire alors qu'on se trouvait en dehors des cas de subrogation légale ? Sans doute, le montant de la dot ne s'en trouvait ni augmenté ni diminué, l'article 1543 était respecté ; mais suffit-il de maintenir la valeur de la dot, et la question de transformer un *bien disponible en immeuble dotal* n'a-t-elle pas autant d'importance, puisque le caractère d'inaliénabilité domine en somme tout le régime dotal ?

Conclusion de ces observations : les mots de l'article 1553 « n'est pas dotal », signifient simplement : ne fait point partie de la dot : le mari en est propriétaire, il peut en disposer à son gré.

La femme, après l'acquisition faite par le mari, est toujours dans la même situation qu'avant, elle conserve son droit de créance qu'elle exercera lors de la restitution de sa dot.

L'expression, « n'est pas dotal », n'aurait-elle pas une tout autre portée? Si le Code ne l'avait placée dans l'article 1553 que pour énoncer une fois de plus la règle propre aux choses foncibles, il eut mieux fait de supprimer le texte vu son inutilité! Il a sûrement voulu davantage, parce qu'on doit supposer qu'il a voulu dire quelque chose d'utile.

Quoi donc? Ceci, qui est capital en la question : cet immeuble, quoique acquis des deniers dotaux, ne sera pas, dans l'avenir, frappé de dotalité, ne sera pas inaliénable, comme les immeubles de la femme. C'était encore évident, mais il était utile de le dire pour éviter toute hésitation sur ce point, qui est au sommet du régime dotal.

Donc la formule des Cours de Rouen et d'Aix serait erronée quant à cet immeuble ; on ne saurait dire qu'il est la représentation de la dot. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'acquisition a eu pour origine, en fait, la promesse de la dot en argent et l'exécution de cette promesse. Mais, comment ce simple fait, si prouvé qu'on le suppose, pourrait-il devenir la source d'une charge écri-

sante pesant sur l'immeuble acquis, la charge de l'inaliénabilité?

Quel besoin d'ailleurs — et c'est la réfutation dont le coup de marteau va, dans plusieurs des hypothèses successives, frapper la théorie de la dot incluse, — quel besoin de cette représentation? Nous le savons bien; c'est le besoin immodéré de protéger la femme dotale. Or, à quoi bon s'ingénier à ce point, à quoi bon faire la loi à côté de la loi? L'immeuble acquis des deniers dotaux ne fait pas partie de la dot, n'est pas frappé de dotalité; mais il est au mari, fait partie des immeubles du mari: donc il est frappé de l'hypothèque légale de la femme (C. C., 2121), sur l'étendue exceptionnelle de laquelle nous reviendrons.

Ah! si les tribunaux avaient ici reproduit leur volonté, cachée sous le vocable d'inaliénabilité de la dot mobilière, de protéger la femme contre tous actes qu'elle ferait, compromettant sa fortune, sans ajouter cette nouvelle forme de leur théorie, la représentation de la dot, ils auraient vu qu'il était deux fois inutile de chercher une interprétation fantaisiste, suggestionnée plutôt de l'article 1553. D'abord parce qu'il s'applique à un acte du mari, non à un acte de la femme, ensuite parce que la femme est ici suffisamment protégée par son hypothèque légale — surtout telle que nous la ver-

rons en définitive réglementée par la jurisprudence elle-même. Sans doute l'inaliénabilité de l'immeuble semble une garantie plus solide : est-ce une raison pour promener cette encombrante entrave à travers la vie des époux mariés sous le régime dotal, pour leur forger plus de chaînes que le Code ne leur en impose — à leur requête il est vrai ?

La théorie de la dot incluse une fois imaginée va multiplier ses ravages et se répandre sur maintes hypothèses.

TROISIÈME HYPOTHÈSE

Article 1553 — 1°.

Nous avons appliqué le 2° de l'article 1553 à l'immeuble donné par le mari, débiteur pécuniaire, à la femme séparée de biens. Ce n'est pas toutefois le cas originaire ; il est supposé dans celui-ci que le mari avait reçu d'un tiers constituant ou de la femme même, la promesse d'une dot en argent ; cette promesse demeura sans exécution, mais le promettant fit accepter au mari une dation en paiement (1) dans laquelle un immeuble fut livré

(1) Pau, 8 juin 92, D. 94, 2, 315. Cass. 18 juin 95, D. 96, 1, 169 et Tessier, *de la Dot*, t. 1, n° XLIX, p. 242 et suiv.

au mari au lieu et place de la somme d'argent qui lui était due.

Inutile d'insister sur cette hypothèse, au sujet de laquelle il n'y aurait qu'à rééditer la démonstration ci-dessus fournie à propos de l'immeuble acquis par le mari des deniers totaux à lui versés.

Passons donc aux autres hypothèses dans lesquelles s'est glissée la représentation de la dot. Elles sont largement indiquées dans une note (1) insérée par M. Martin en analyse de deux arrêts, l'un de la Cour de Douai, l'autre de la Cour de cassation ; ce dernier reconnaît expressément la représentation de la dot, expression que l'auteur de la note amplifie successivement en parlant « de représentation de dot mobilière par les biens acquis des deniers dotaux », sans d'ailleurs développer la conséquence ultime de cette représentation, conséquence devant laquelle ne recule nullement l'arrêt de la Cour de cassation, qui déclare formellement « insaisissables » les biens acquis des deniers dotaux. Et pour comble, les dits biens, dans l'espèce, étaient des meubles, des meubles meublants ! C'est toujours la même confusion : il faut protéger efficacement la créance de la femme contre le mari ; ce que la jurisprudence exprime dans cette formule, fausse dans sa généralité : la dot mobilière est inaliénable.

(1) D. 1901, 1, 145.

Si M. Martin n'approuve pas les motifs donnés, pour savoir la représentation de la dot mobilière, il pousse plus loin pour admettre les conclusions de la double jurisprudence qui vient d'être indiquée ; elle se justifie, admet-il, par cette subrogation réelle aux biens dotaux que la Cour de Bordeaux, dans un arrêt déjà signalé, avait repoussée, avec raison, selon nous, faute de textes en sa faveur. M. Martin n'en offre pas davantage ; mais de même qu'il justifie la représentation de la dot par la subrogation réelle, de même il justifie cette subrogation en invoquant l'esprit du régime dotal qui veut réserver la dot comme une sorte de trésor de famille intangible, pour parer aux nécessités de la vie conjugale. Tout le monde est d'accord sur cet esprit du régime dotal, même ceux qui en souhaitent le plus la disparition. Est-ce une raison pour dénaturer les principes, pour appliquer à toute la dot ce qui ne concerne qu'une partie de la dot, pour se servir à tous propos de cet énorme vocable d'inaliénabilité, en lui faisant produire tous les effets désastreux que l'on devrait, au contraire, chercher à atténuer et à restreindre le plus possible. Il y a, tout au moins, comme le dit M. Martin, une évolution à faire. Il y a avant tout à clarifier la question, à supprimer les confusions, et, tout mis en place, à ne conserver du régime dotal que ce qui ne pourrait être sup-

primé. « Le jour, vraisemblablement prochain, où
« cette doctrine apparaîtra plus clairement dans
« les arrêts, un pas décisif aura été fait dans l'évo-
« lution de l'institution de la dotalité ; elle res-
« semblera de moins en moins à la dotalité du
« Code civil » ; mais il est à craindre qu'elle res-
semble de plus en plus à la dotalité engendrée par
les confusions de la jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, voilà donc un double desideratum : clarté, évolution.

Clarté d'abord, dans les définitions, dans les divisions, dans l'emploi des mots une fois définis. Ici, en particulier, distinction sans cesse reproduite des meubles fongibles et des meubles non fongibles ; des aliénations faites par le mari seul, par la femme seule ou par les deux époux agissant en concours. Définition nette et constante de l'inaliénabilité dotale, à savoir, révocation possible des aliénations d'immeubles dotaux consenties concurremment par le mari et par la femme (C. C. 1554-1560).

Propositions nettement formulées, quelque opinion que l'on adopte sur tel ou tel point controversé.

De la part du mari : — le mari peut disposer des meubles dotaux dont il doit seulement la valeur ; — le mari ne peut disposer seul (ou peut disposer, suivant l'opinion adoptée) des meubles qu'il doit restituer en nature ; mais il peut les

aliéner avec le concours de la femme ; ou bien il ne le peut pas, si l'on met ces meubles sur le même pied que les immeubles dotaux, ce qui devrait s'appeler exactement l'inaliénabilité de la dot mobilière, ou mieux encore, l'inaliénabilité de la partie de dot mobilière restituable en nature.

De la part de la femme : Celle-ci n'a pas la disposition de cette partie de dot dont le mari lui doit seulement la valeur ; elle est seulement créancière de la dite valeur. Quant à l'autre partie de sa dot, restituable en nature, si l'on admet l'inaliénabilité de cette fraction, la femme ne pourra pas en disposer, fût-elle dûment autorisée.

Voilà pour la clarté.

Du côté de l'évolution, si nous la prenons au point de départ, nous trouvons qu'il y a mal-donne. La jurisprudence part de la théorie d'inaliénabilité de la dot mobilière, pour aboutir à la théorie de la dot incluse. Or, cette seconde théorie a une tout autre origine : elle dérive de la tendance à consolider de plus en plus la situation favorisée de la femme dotale, à la mettre de plus en plus hors d'état de compromettre cette dot qui constitue le trésor de famille. C'est à ce point de vue, remarquons-le, que peut encore se justifier le régime dotal, à ce seul point de vue, croyons-nous.

Il n'est plus question, cela va sans dire, du vieil adage romain : *interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse, propter quas nubere possint*. Mais il est certain que lorsque la femme ou ses ressortissants font insérer le régime dotal dans le contrat de mariage, c'est à coup sûr pour sauvegarder la dot dans les limites possibles. On ne peut donc à ce point de vue que comprendre l'évolution où la jurisprudence s'est laissé entraîner.

Comment donc garantir la dot contre les risques résultant des volontés humaines ? Les immeubles sont intangibles, donc ici pleine sécurité ; les immobilisations d'une valeur mobilière prévues par les lois, donnent même plein repos. Il n'y a que ce maudit argent, ces bons écus sonnants, dont la circulation sans arrêt semble être la vraie nature, qui cause tout le souci. Comment en enrayer la fuite fatale ? Comment plutôt en garantir la restitution ? par l'hypothèque légale sur les immeubles présents et à venir du mari, hypothèque qui va grever les dits immeubles entre les mains de tout tiers détenteur. A l'époque où le régime dotal fut accepté et introduit dans le Code Napoléon, la garantie était excellente et protégeait la femme jusqu'à parfait paiement de sa dot. Mais les besoins du crédit ou les fantaisies des maris ont depuis ébréché, écarté même en entier le bouclier protecteur de la femme créancière hypothécaire,

ajoutons même hypothécaire privilégiée, puisque son droit au lieu de se classer à la date des inscriptions, se classe à la date de chacune de ses créances. Donc, de jour en jour, les maris, escomptant la faiblesse, l'ignorance de leurs femmes, ont obtenu d'elles des renonciations à l'hypothèque, au profit des propres créanciers d'eux-mêmes, les maris.

Comment s'est étendue, généralisée cette pratique, qui laissait la femme exposée à toutes influences, sollicitations, menaces, du mari et tous moyens utiles au but qu'il poursuivait ? Comment s'est-elle généralisée au point que la renonciation fût tenue pour valable ? Au point que le législateur lui-même, au lieu de crier gare, sanctionna ces agissements jusque-là pourtant illicites, et les reconnut comme faits acquis, transformant une habitude illégale en un droit ! Toujours est-il, que dans la loi du 23 mars 1855, sans même exprimer qu'il autorise les renonciations de la femme à son hypothèque, le législateur en organise les formalités désormais nécessaires, pour qu'elles produisent leur plein effet.

Voilà donc, la première, et à l'époque, la seule garantie de la femme quant à sa dot en valeur, ne reposant plus que sur sa volonté énergique de sauvegarder sa fortune par une résistance obstinée aux sollicitations du mari. Voilà le trésor de

famille en plein péril : le remède au mal fut trouvé par la jurisprudence, mais seulement pour la femme mariée sous le régime dotal. Sans faire aux tribunaux grief d'avoir institué un moyen dont la loi n'avait point autorisé l'emploi, constatons seulement qu'ils ont proclamé la défense faite à cette femme de renoncer à son hypothèque légale, et considérant la renonciation qu'elle ferait comme non avenue, lui ont maintenu le droit de venir prendre à l'ordre sa place antérieure, sans tenir compte de l'opposition des créanciers intéressés.

C'est sous cette forme séduisante que s'est introduite subrepticement la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Si l'on pouvait reprocher au remède trouvé par la jurisprudence de manquer de base légale, il fallait pourtant constater qu'elle revenait ainsi — par un mouvement en sens contraire de celui qui venait d'autoriser les renonciations — au principe premier du code, qui avait voulu faire de l'hypothèque de la femme une garantie intangible, sous peine de ne rien faire ou de faire si peu que ce n'était presque rien.

Cela dit, faut-il penser que les tribunaux, conscients du détour pratique, sinon juridique, aient voulu le masquer par l'évocation de la dot mobilière inaliénable ? N'est-il pas plus vrai, que, sollicités par la réaction légitime contre l'habitude des renonciations à l'hypothèque, mis en éveil

par de nombreuses réclamations des femmes dotales, ils aient cru trouver une base solide de décision dans les précédents sur la dot ; y trouvant la justification de leurs sentences dans une prétendue inaliénabilité de la dot mobilière ; de même qu'ils peuvent aujourd'hui rattacher la dot incluse à la dot subsidiaire d'autrefois ? Quoi qu'il en fût, la théorie existait désormais et cette inaliénabilité allait conduire à la représentation de la dot.

En somme, grâce à cette jurisprudence, la garantie de la dot, à savoir l'hypothèque légale, devenait incessible, inaliénable si l'on veut, mot qui justifierait encore mieux la théorie des magistrats.

Si nous reprenons maintenant les trois hypothèses déjà prévues, nous trouvons que, pour deux d'entre elles, l'hypothèque ainsi reconstituée suffirait : d'abord, dans l'hypothèse d'un bien acquis par le mari avec des deniers dotaux, bien frappé, dès l'acquisition, de l'hypothèque de la femme, hypothèque indélébile jusqu'à complet désintéressement de celle-ci. De même dans l'hypothèse où le mari accepte la dation en paiement d'un immeuble au lieu et place de la somme d'argent qui lui avait été promise (C.C. 1553).

La troisième hypothèse est autrement scabreuse pour le sujet présent : celle de la femme séparée de biens, acquérant un immeuble (ou même des

meubles meublants, suivant l'espèce de l'arrêt ci-dessus analysé) avec les deniers que le mari lui avait rendus. Ici, le bien n'a jamais été bien du mari, ne semble donc jamais avoir été frappé de l'hypothèque légale. Donc quel meilleur terrain pour faire germer la représentation de la dot; n'est-il pas naturel que cette hypothèse en détermine plus que tout autre l'éclosion? S'il est impossible de trouver un autre moyen de protection pour la femme, combien sera grande la tentation de verser dans la théorie jurisprudentielle, même de la déclarer suite nécessaire, pour ne pas dire légale, du régime dotal, tant elle est dans l'esprit de ce régime!

Pourtant, il faut examiner la situation de près et se demander ce qu'elle est, après la séparation de biens autorisée par l'article 1563. Sans doute, de même que sous les autres régimes, la séparation est motivée par le péril de la dot, qu'il est urgent de restituer à la femme, avant que les agissements du mari n'aient amené à zéro la créance de la femme. Mais une fois prononcée, va-t-elle créer une situation semblable à celle qui suit une séparation succédant à un autre régime que le régime dotal?

Aucunement: au cours d'une communauté, supposons-le, survient une séparation de biens; la communauté est dissoute; au régime existant

se substituera désormais le régime de séparation de biens. Il n'en va point ainsi avec le régime dotal ; celui-ci, nous l'avons vu, tout le monde l'admet, est indélébile : il persiste jusqu'à la dissolution du mariage et même après, puisque les créanciers de la femme demeurent privés du droit de saisir les biens dotaux.

Donc, après le jugement de séparation, deux régimes coexistent : le régime dotal qui persiste, la séparation de biens qui vient de naître. La femme y aura gagné sur le point principal : rentrer à temps dans le montant de sa dot ; elle y aura encore gagné l'administration de son patrimoine. Devra-t-on dire pour cela que les biens qui lui reviennent, les immeubles par exemple, cessent d'être dotaux, deviennent paraphernaux, nul ne songerait à le prétendre. Mais allons plus loin, faut-il déclarer non dotaux, paraphernaux, les biens qu'elle va désormais acquérir ? Sont-ils acquis de deniers paraphernaux, sans conteste ils sont paraphernaux. Mais sont-ils acquis de deniers dotaux ? Nous savons que le montant de la dot ne peut se modifier en rien, par les seuls agissements des époux, tant que dure le régime, et le régime dotal existe toujours, malgré la séparation. Si donc ces biens sont acquis avec des deniers dotaux, ils le sont aux mêmes conditions avec les mêmes effets que si le mari avait encore la fortune

de la femme en ses mains ; la seule différence de fait, c'est que l'acquisition a été faite par la femme au lieu d'être faite par le mari ; ces biens sont donc dans la condition même où les plaçait l'article 1553, traités dans les rapports des époux entre eux, comme si le mari les avait acquis lui-même, donc soumis à l'hypothèque légale de la femme, grevés désormais de l'acquittement intégral de sa dot en valeur, l'hypothèque va les suivre entre les mains des tiers détenteurs.

Dès lors, quel besoin y a-t-il, même en cette troisième hypothèse, d'introduire la formule et les effets de la représentation de la dot ? La femme n'est-elle pas aussi bien protégée que dans les deux autres hypothèses ? Et, de plus, elle est protégée légalement. Le surplus est œuvre désirable du législateur : il reste à lui demander de sanctionner, d'introduire dans les textes, la règle qui défendra à la femme dotale de renoncer à son hypothèque légale.

QUATRIÈME HYPOTHÈSE

Femme adjudicataire d'un immeuble du mari.

A notre troisième hypothèse s'ajoute celle, toute semblable, où la femme séparée de biens et

créancière de son mari se rend adjudicataire d'un immeuble du mari; dont elle compense le prix d'acquisition avec le montant de sa créance (1).

L'espèce s'est présentée à Montpellier et en Cour de cassation en 1871 et en 1870 (2); elle offre une situation pareille à celle qui résulte de la dation en paiement faite par le mari. C'est comme si la femme avait touché en argent le montant de ses reprises et s'en était servie pour payer le prix d'adjudication de l'immeuble. L'immeuble, objet de cette opération, a été la propriété du mari; il a été frappé de l'hypothèque légale; celle-ci le suit entre les mains de la femme et de tout tiers détenteur postérieur. La femme est donc suffisamment garantie.

Se trouvent donc ainsi étudiées quatre hypothèses: 1° celle du mari acquérant un immeuble avec des deniers dotaux; 2° celle du mari recevant un immeuble en paiement d'une dot promise en argent; 3° celle de la femme séparée de biens acquérant un immeuble avec l'argent dotal à elle restitué par le mari; 4° celle de la femme séparée et créancière du mari se rendant adjudicataire d'un immeuble du mari, dont le prix se compense avec sa créance. Dans les quatre hypothèses,

(1) Tessier, *de la Dot*, t. 2, n° CXLI, p. 347.

(2) Cass., S. 70, 1, 185. Montpellier, S. 71, 2, 88.

l'immeuble a passé ou est censé avoir passé dans le patrimoine du mari et s'y est trouvé soumis à l'hypothèque de la femme jusqu'à complet désintéressement de celle-ci.

CINQUIÈME HYPOTHÈSE

Immeuble reçu dans la succession du constituant.

Une cinquième hypothèse est possible. Supposons une dot promise en argent, par le père de l'épouse, et non encore payée à la mort du constituant. La femme se présente à la succession et pour « se remplir tant de sa dot que de ses droits héréditaires » reçoit un immeuble. L'immeuble ayant ensuite été vendu, la femme demande à prélever le montant de sa dot, par préférence à tous créanciers. La Cour de Toulouse lui refusa ce droit. Sur pourvoi, la Cour de cassation le lui reconnut, au contraire, par ce motif que l'immeuble ayant été donné en paiement de sa dot « pour la remplir de sa dot », disait l'acte de partage, cet immeuble devait contenir la dot. Donc, autre affirmation de la représentation de la dot, de l'inclusion de la dot dans un paraphernal (1).

(1) Cass., 1^{er} déc. 57, D. 58, 1, 71 et S. 58, 1, 257. Cf. Cass., 3 juin 91, S. 94, 1, 4. Cass., 26 nov. 95, S. 96, 1, 73. Pau, 2 juin 96, S. 96, 2, 216, D. 98, 2, 356.

Nous n'aurions qu'à reproduire l'argumentation précédente, pour soutenir que le bien devait être considéré comme s'il avait été livré au mari lui-même en paiement de la dot promise en argent ; par suite de son passage dans le patrimoine du mari, il s'y était trouvé grevé de l'hypothèque de la femme. C'est le même raisonnement et à fortiori que pour l'immeuble acquis par la femme avec deniers dotaux, après la séparation de biens.

SIXIÈME HYPOTHÈSE

Immeuble acquis par les deux époux avec les deniers dotaux.

Une sixième hypothèse nous présente une situation qui semble plus délicate. Le mari ayant en mains des deniers dotaux, dont l'emploi n'était pas prévu par le contrat de mariage, les époux se servent de cet argent pour acheter un immeuble au nom de la femme, l'acte d'achat indiquant d'ailleurs l'origine des deniers (1).

Une première question à résoudre est celle de la propriété. A qui appartient l'immeuble ? A la femme, suivant la Cour de cassation, et d'après les termes de la convention d'achat. La Cour donne pour premier motif que l'article 1553

(1) Montpellier, 26 mars 66. D. 66, 1, 503. Cass., 12 avril 70, S. 70, 1, 185 et note. Caen, 29 nov. 72, S. 73, 2, 134. Bordeaux, 24 janv. 70, S. 71, 1, 92.

tranche seulement la question de dotalité et non celle de propriété. Et comme second motif, que l'article 1594 permet à tout le monde d'acheter, en dehors des cas où la loi interdit la vente, et que la vente fait acquérir la propriété à celui qui achète ou qui est désigné comme acheteur (1). A l'inverse, sur cette question de propriété, M. Planiol estime que le bien appartient au mari, attendu que la convention faite au nom de la femme implique une restitution anticipée de la dot, chose que les époux n'avaient pas le droit de faire (2).

Mais cette controverse sur l'attribution de propriété laisse la question de garantie intacte.

Pour la Cour de cassation, le bien appartenant à la femme est frappé de dotalité incluse ; si le bien appartient au mari, il est frappé de l'hypothèque légale de la femme ; dans les deux systèmes, celle-ci a sa garantie : représentation de la dot, dans le premier ; hypothèque, dans le second. En bonne logique, la marche, jusqu'ici suivie, nous détermine encore à préférer la solution légale, nettement assise, à la solution jurisprudentielle, manquant de base juridique.

Nous reproduisons encore le même argument : c'est comme si le mari avait eu l'immeuble en dation en paiement, l'immeuble a passé dans son pa-

(1) Cass., 19 déc. 71, D. 72, 1, 77 et S. 71, 4, 192.

(2) *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 1675.

trimoine, pour passer dans celui de la femme ; il est entré ensuite dans ce dernier avec la charge de l'hypothèque légale.

En résumé, donc, quelque hypothèse qui se présente, la femme se trouve garantie par son hypothèque, et doublement garantie, si l'on fait jouer la défense d'y renoncer que lui impose la jurisprudence. Donc, en toute hypothèse, la représentation prétendue de la dot est au moins inutile.

Si elle n'était que cela, la lutte elle-même eut été inutile, représentation de la dot et hypothèque légale aboutissant jusqu'ici au même résultat : le droit de préférence de la femme et son droit de suite entre les mains des tiers détenteurs. Mais la théorie de la représentation de la dot n'est pas seulement inutile, elle est dangereuse, parce qu'elle pousse aux dernières limites, dans la voie où s'est engagée la jurisprudence.

SEPTIÈME HYPOTHÈSE

Immeuble acquis en remploi.

Dans les hypothèses énumérées, n'a pas figuré celle d'un immeuble acheté avec les deniers provenant de la vente d'un immeuble dotal, dans le cas, par exemple, où la vente serait autorisée par

le contrat de mariage, conformément à l'article 1557. L'immeuble ainsi acquis en remploi, lorsque toutes les conditions de validité de ce remploi ont été observées, est un immeuble dotal; il ne représente pas la dot; il en fait partie intégrante, il est inaliénable.

Il en est ainsi, pensons-nous, soit que le remploi ait été volontaire, soit qu'il ait été l'exécution d'une clause du contrat de mariage, instituant le remploi obligatoire. Mais il pourrait arriver que les conditions exigées par la loi, pour que l'immeuble acquis soit subrogé à l'immeuble aliéné et dotal comme lui, n'aient pas été remplies (1). Quel sera l'effet de ce remploi irrégulier? L'immeuble acquis ne saurait être propriété de la femme : sa dot se trouve donc diminuée de l'immeuble aliéné, que rien ne remplace pour elle. Ne faudrait-il pas admettre, dans la théorie de la jurisprudence, que l'immeuble aliéné continue à servir de garantie à la femme et représente sa dot? Si oui, quelles singulières conséquences, sanctionnant une sorte de fraude des époux. Car il faut bien considérer que jusqu'ici nous avons songé, suivant la pente offerte, à protéger la femme dotale. Mais derrière elle il y a les tiers détenteurs, que la théorie menace d'une épée de Damoclès : le droit de suite. Or, dans l'hypothèse présente, quel

(1) Cass. civ. rej. 11 juin 28. D. Rép. V° Cont. de mar. n° 3718.

sera le sort de celui qui s'est rendu acquéreur de l'immeuble dotal, très légalement, puisque l'aliénation était permise par le contrat de mariage ? Il ne saurait être question de l'action en révocation contre lui ; il devrait être indemne ; il le serait, si les époux avaient fait un emploi régulier, substituant le bien acquis au bien aliéné. Or, voici que les époux ayant fait un emploi irrégulier et non productif de subrogation, il va se trouver, par l'effet de la représentation de la dot, aussi exposé au droit de suite que si l'aliénation avait été interdite et révocable !

Comment ne pas prétendre, en face de telles conséquences, que la théorie de la représentation de la dot est non seulement inutile, mais encore dangereuse ?

Alors, à quelle solution s'arrêter dans notre hypothèse ? A celle que les principes imposent : Le emploi a été irrégulier, alors que l'aliénation était régulière. Donc l'aliénation doit demeurer intangible, aussi bien au point de vue de la révocation qu'à celui de l'hypothèque légale, le tiers est à l'abri ; il a fait ce que la loi lui permettait. Quant à l'effet du emploi irrégulier, il advient ce qui advient sous le régime de la communauté, lorsque le mari fait pour la femme un emploi en dehors des conditions exigées par la loi ; le bien lui demeure acquis, à lui employeur irrégulier, admi-

nistrateur coupable. Donc cet immeuble nouveau se trouve grevé de l'hypothèque légale, et voilà que la femme est sauvegardée, sans qu'il soit besoin de représentation de dot et, surtout, c'est le résultat désirable, en laissant le tiers acquéreur autant à l'abri de son recours qu'il a le droit de l'être. Nous repoussons ainsi très utilement et avec grande justice la théorie des Cours qui admirent la dotalité, non seulement du bien acquis, mais du bien aliéné (1).

Un pas encore pour montrer le danger de cette théorie. Supposons le remploi très régulièrement fait par le mari, suivant les prescriptions de l'article 1435, mais refusé ou plutôt non accepté, par la femme, ainsi qu'elle en a le droit, l'immeuble acquis tombe définitivement dans le patrimoine du mari, et se trouve frappé de l'hypothèque légale. Suivant la théorie de la dot incluse, le tiers est exposé à l'action de la femme, qui se trouve ainsi gratifiée d'une double protection, hypothèque sur le bien acquis, représentation de la dot par l'immeuble aliéné ; il va dépendre de la volonté de la femme de promener la dotalité à son gré, de l'immeuble acquis à l'immeuble aliéné, de détourner l'épée de la tête de l'acquéreur ou de l'en frapper,

(1) Cass., 16 mars 1897. D. 98, 1, 81.
Grenoble, 1^{er} juin 1897, D. 98, 2, 430.

malgré sa garantie sur l'immeuble acquis. Est-ce admissible ?

HUITIÈME HYPOTHÈSE

Indemnités d'assurances.

Les cas de représentation de la dot ne sont pas épuisés. Des hypothèses intéressantes se présentent, lorsqu'il s'agit d'indemnités payées par des tiers au sujet des pertes subies par la dot. Quel caractère faut-il attribuer aux deniers versés ? Un arrêt de la Cour d'Agen, maintenu par la Cour de cassation (1), avait déclaré responsable un notaire qui, par suite d'un mauvais placement, avait fait périr en partie la dot mobilière d'une femme ; les deniers, disaient les deux Cours, étaient dotaux et il devait en être fait emploi au profit de la femme, tout au moins lorsque la clause d'emploi avait été stipulée dans le contrat de mariage.

Dans une hypothèse analogue, les tribunaux avaient, à l'inverse, déclaré non dotaux des deniers versés par une Compagnie d'assurance pour indemniser la femme de la perte d'un immeuble dotal détruit par un incendie (2).

(1) D., 90, 1, 486.

(2) Nîmes, 20 juin 1860, Pau, 31 mai 1893, D. 95, 1, 10.

Le motif donné par ces tribunaux était que la créance de la femme avait sa source dans un contrat indépendant de la dot et du contrat de mariage.

Qu'il nous soit permis de nous ranger à l'avis de la Cour de cassation et de considérer, dans la seconde, comme dans la première hypothèse, les deniers versés comme des deniers dotaux. Est-il donc vraiment si difficile d'établir l'étendue de la subrogation réelle qui se produit au cours du régime dotal et ne peut-on pousser jusqu'à ses limites réelles l'application du dernier paragraphe de l'article 1558. Lorsque ce texte nous déclare que « l'excédent de prix de vente restera dotal », veut-il restreindre la subrogation aux seuls cas prévus par l'article ; n'y a-t-il pas plutôt ici une des applications du principe général, que les transformations de la dot, les transformations permises n'altèrent point le caractère dotal et le laissent subsister intact ?

Cette manière de voir se trouve justifiée par cette remarque de M. Planiol : « Il est certain que la pratique des assurances a pour but de combler les vides faits par les sinistres dans le patrimoine des particuliers. Déclarer que le résultat obtenu par elles ne sera pas identique à l'état de choses ancien, n'est-ce pas remplir complètement leur intention (t. III, n° 1496).

Cela posé, que s'est-il passé, lors du paiement des indemnités dont nous nous occupons en ce moment ? Une fraction de la dot a disparu, une autre fraction est apparue, mais faisant toujours partie de la dot, de quelque manière que se soit opérée la transformation ; nous n'avons plus ici que des deniers dotaux, dont le mari est administrateur ou plutôt propriétaire comme quasi-usufruitier ; donc, s'il en use pour acquérir des valeurs mobilières, voire un immeuble, il faudra donner la même solution qu'en interprétant l'article 1553 ; les valeurs mobilières sont à lui ; l'immeuble est à lui ; seulement il est, comme toujours, grevé de l'hypothèque légale de la femme ; encore ici la représentation de la dot est inutile. Elle n'aurait d'utilité que si l'on repoussait le raisonnement déjà fait maintes fois, que la femme est suffisamment protégée par son hypothèque légale.

Suivant une loi du 19 février 1889, les indemnités d'assurances sont attribuées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Ces indemnités se trouvent ainsi à l'égard des créanciers à droit de préférence, subrogées légalement à l'immeuble disparu. Pourquoi refuserait-on d'étendre ce texte général à l'hypothèse présente ? La femme pourrait dès lors faire saisir sur l'indemnité due et se faire colloquer à son rang pour ses créances contre le mari ; elle aurait ainsi la même

garantie que celle qui résulte de son hypothèque légale sur les immeubles du mari. Mais si l'on refusait d'étendre jusqu'à elle la faveur accordée par la loi de 1889, il resterait toujours le raisonnement ci-dessus pour écarter la théorie de la dot incluse.

NEUVIÈME HYPOTHÈSE

Paraphernaux purs.

Arrêtant ici l'étude des principales hypothèses, où se glisse la représentation de la dot, hypothèses dans lesquelles il est toujours possible de substituer à la garantie rêvée par la jurisprudence, la garantie officielle de l'hypothèque légale ; abordons l'hypothèse où la théorie de la dot incluse viserait un bien nettement paraphernal, non susceptible d'être à aucun point de vue considéré comme ayant passé par le patrimoine du mari et s'y être assujetti à l'hypothèque légale.

Voici un immeuble stipulé paraphernal par le contrat de mariage, donc soustrait au régime dotal et soumis au régime de la séparation de biens. Il appartient, et a toujours appartenu à la femme, à aucun moment il n'est passé par le patrimoine, pas même par les mains, du mari ; puisque la

femme en conserve l'administration entière (C. c. 1536, 1576, 1^o). Si, en fait, le mari l'administre, c'est seulement en vertu d'un mandat exprès ou tacite (C. c. 1539, 1577, 1578) de sa femme. Que celle-ci puisse aliéner le bien paraphernal, qui pourrait en douter, puisqu'elle en est la seule propriétaire et que l'immeuble n'est point frappé de dotalité? Sans doute, il lui faudra l'autorisation du mari ou de justice; mais en tant que femme mariée et en vertu de la règle générale, posée, non au titre du contrat de mariage, mais au titre du mariage, dans l'article 217; texte qui signifie sur le point qui nous occupe : toutes les fois que la femme mariée aliénera un bien qu'elle a le droit d'aliéner, l'acquéreur devra exiger qu'elle produise autorisation du mari ou de justice, sous peine d'encourir la rescision du contrat.

La jurisprudence ne pouvait méconnaître des principes aussi incontestés; des décisions, de Montpellier, de la Cour de cassation, constatent à la femme le droit de disposer à son gré de ses paraphernaux; fût-ce même à titre gratuit (1). Grave danger pour elle, dit-on, mais n'est-ce pas sa volonté exprimée dans le contrat de mariage, contre-signée par son mari et au besoin par sa famille, qui a voulu faire de ce bien un paraphernal, un

(1) Montpellier, 21 juin 1871, D. 71, 2, 175. Cass., 12 avril 1870, D. 71, 1, 264, S. 70, 1, 185.

bien absolument disponible. Eh quoi ! Si la femme était mariée sous le régime de la communauté, sous le régime exclusif de communauté, si proche du régime dotal, voire même sous le régime de la séparation de biens, elle pourrait dûment autorisée, disposer librement, sans restriction, sans chaînes futures pour l'acquéreur, du bien qui lui appartient. Et parce que, au régime de séparation de biens, qui règle ses paraphernaux, se trouve accouplé un régime subsidiaire, plaiderons-nous tout à l'heure, un régime dotal, englobant les seuls biens dotaux, voilà que la femme n'aurait plus sur ses paraphernaux les mêmes droits que sur ses propres, dans les autres régimes, que sur ses paraphernaux dans le régime pur de séparation de biens. Alors, à quoi servirait-il que la loi eût établi une barrière si nette entre les biens dotaux et les biens paraphernaux ; à quoi servirait-il que les époux et les familles eussent expressément manifesté leur volonté de ne garantir par les procédés du régime dotal que la classe des biens désignés par eux comme dotaux ? A quoi bon, si la jurisprudence, plus royaliste que le roi, substituait à la loi, à la volonté des parties, un régime de toutes pièces forgé par elle, dans son désir énorme de sauvegarder, de sauver les époux malgré eux. Et c'est en notre temps, époque de liberté des transactions, de progrès du crédit, que l'on pousserait

le régime dotal, non pas aux dernières limites, mais en dehors absolument de ses limites légales.

Aussi les décisions des tribunaux n'ont-elles jamais visé que les biens dont l'acquisition a sa source plus ou moins immédiate dans les deniers dotaux. Pour ceux-là seuls la théorie qui nous semble hors texte et dangereuse a été soutenue par la jurisprudence, à la seconde moitié du dernier siècle et encore aujourd'hui.

Voilà donc les paraphernaux purs de tout rapport avec les deniers dotaux à l'abri de la représentation de la dot. Le danger n'est cependant pas tout à fait écarté ; dans une note insérée au *Recueil périodique du Dalloz*, M. Marcel Planiol nous fait connaître une formule des Cours de Montpellier et de Toulouse, plusieurs fois saisies du différend qui nous occupe, formule qui compromettrait fort la situation et la sécurité des tiers, même en matière de paraphernaux purs ; affirmant que « la masse paraphernale représente la dot toutes les fois que celle-ci a été promise en argent ». On arriverait alors, dit M. Planiol (1), à une généralisation du principe. « Seraient ainsi écartées, au mépris de toute équité et des principes, les deux conditions requises par le même auteur et qui forment le minimum de celles qui sont exi-

(1) D., 96, 1, 313, note.

gées pour qu'il y ait représentation de la dot, à supposer que la théorie en soit à jamais implantée dans le régime dotal, à savoir : 1° une acquisition faite par la femme au cours du mariage; 2° l'absorption de deniers dotaux par cette acquisition. »

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DE LA REPRÉSENTATION DE LA DOT

Etant ainsi délimitée l'étendue des biens paraphernaux qui représentent la dot, reste à préciser, toujours selon la jurisprudence, quelles sont les conséquences avouées de la représentation de la dot par certains paraphernaux ?

PREMIÈRE CONSÉQUENCE

Attribution des revenus au mari.

Si la dot est représentée par un bien paraphernal, la dot ne se trouve pas où elle devrait être : le mari devrait l'avoir entre ses mains et à sa disposition ; or, elle est dans la fortune paraphernale de la femme (1). « Que vont devenir les revenus

(1) M. Planiol, *Traité de Droit civil*, t. III, no 1677.

du bien paraphernal, que les articles 1536 et 1576 attribuent formellement à la femme ? Donc « on ne peut pas attribuer d'une manière directe au mari la jouissance d'un bien paraphernal ».

Mais si la dot pourtant se trouve là, dans ce bien paraphernal ? Eh bien ! « il faut que la femme cède au mari les revenus de son bien paraphernal, jusqu'à la concurrence de la valeur de la dot qui s'y trouve contenue ».

Hâtons-nous d'ajouter que, rendant à la jurisprudence ce qui lui appartient, M. Planiol expose la théorie admise par les cours, en la qualifiant de « théorie singulière », de « situation hybride tout à fait extraordinaire (1) ».

DEUXIÈME CONSÉQUENCE

Droit de priorité de la femme au cas de saisie des paraphernaux.

Voici une deuxième conséquence de la théorie, autrement redoutable que la précédente, qui n'intéressait que les époux dans leurs rapports mutuels et faisait seulement passer une fraction des

(1) *Eod.*, n° 1670.

revenus des paraphernaux entre les mains du mari.

La deuxième conséquence trouve sa gravité dans ce fait qu'elle s'attaque aux tiers dans les droits que la loi leur accorde formellement. Elle concerne la saisie des paraphernaux représentant la dot, par les créanciers de la femme. Nul doute que ce bien ne soit saisissable par eux, comme il est aliénable par la femme dûment autorisée. Que va décider une jurisprudence abondante, non encore consacrée heureusement dans ses dernières ramifications par la Cour de cassation ? Elle n'a pas poussé jusqu'à supprimer aux créanciers de la femme le droit de saisir son bien paraphernal, c'eût été trop contraire à la loi ; mais, tournant l'obstacle, comme en toute la matière, elle a décidé que le bien paraphernal qui représente la dot ne peut être saisi que sous réserve de la valeur de cette dot. Qu'est-à dire ? Cela signifie que la femme est autorisée à reprendre sa dot sur le prix d'adjudication, par priorité à tous créanciers. Sans doute, un arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1875 (1) exige que la femme prouve l'origine dotale des deniers dont elle réclame le montant ; ce n'est même pas un palliatif, c'est seulement la règle que le demandeur doit prouver les faits sur lesquels il fonde son droit.

(1) D., 76, 1, 444, S. 77, 1, 58.

Il n'en reste pas moins que les créanciers, qui croyaient avoir toute garantie sur leur gage paraphernal, vont se trouver primés par la femme ; il suffira que les tribunaux étendent de plus en plus leur théorie, pour supprimer le droit le plus certain de ces créanciers. Ils n'y ont pas manqué.

« Si, en l'absence dans le contrat de mariage d'une stipulation d'emploi, les biens acquis des deniers dotaux ne sont pas dotaux, il en est autrement du prix de ces biens, jusqu'à concurrence du montant de la dot qu'ils représentent, et... la femme mariée sous le régime dotal a le droit de prélever sur ce prix le montant de la dot par préférence à ses créanciers (1). »

« La femme est autorisée à prélever sa dot sur le prix de l'immeuble, au détriment des créanciers à qui elle a conféré hypothèque sur cet immeuble durant le mariage (2). »

Voici une bien autre conséquence.

Malgré quelques dissidences heureuses, de nombreuses décisions exigent que le créancier saisissant s'engage personnellement à faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour assurer le paiement de la créance dotale réclamée en toute priorité par la femme (3).

(1) Cass., 27 fév. 83, D. 84, 1, 29, S. 84, 1, 185.

(2) Paris, 7 mars. 95, D. 96, 2, 204.

(3) D., 57, 2, 210, D., 92, 2, 569, S. 57, 2, 549, S. 93, 2, 97.

Est-ce tout ? Non, certes : en 1853, en 1857, une exigence nouvelle apparut : l'engagement personnel du saisissant ne suffit plus : il faut que le créancier consigne le montant de la créance dotale réclamée sur le bien paraphernal.

Voilà le créancier, pour se faire rembourser d'une créance peut-être minime, obligé de se procurer la somme peut-être énorme qui représente la créance de la femme, en tous cas exposé, s'il ne couvre sa mise à prix, à se mettre sur les bras un immeuble dont il n'a que faire, et qu'il a peut-être soldé en se procurant à lourdes charges les fonds nécessaires. Ce sont toutes les beautés du refus de la purge, transportées dans le régime dotal ; encore ces dernières ont-elles, non leur justification, mais leur solide base, sur des textes légaux. Mais quel besoin y avait-il que la jurisprudence allât les y cueillir pour les adapter à une matière où ils n'avaient que faire, eux aussi, dans une théorie de sa pure invention ?

Sommes-nous au bout ? Nullement, la contagion gagne : l'enseigne que la jurisprudence n'avait point expressément apposée, va pourtant apparaître et le droit de priorité de la femme va recevoir la qualification de privilège (1).

Heureuse extension, car le bien sort ici du mal :

(1) Thèse Regnault, 1894, p. 111.

l'auteur que nous citons tire une heureuse conséquence de cette qualification de privilège, à savoir que les créanciers pourront opposer à la femme la prescription extinctive de dix à vingt ans consacrée par l'article 2180, 4°, du Code civil.

Nous voilà au bout de l'acquis ; tout le reste est possible, dans la voie où s'est engagée la jurisprudence.

Voilà le danger né du passé ; jusqu'où ira-t-il ?

CHAPITRE IV

PUBLICITÉ DE LA REPRÉSENTATION DE LA DOT

Est-ce, en effet, le bien qui est sorti du mal ? Est-ce l'exagération même des précautions qui en a montré le péril ? Toujours est-il que la jurisprudence elle-même a fait un pas en arrière, et un pas si décisif que sa théorie de représentation de la dot en a presque croulé du coup.

Passe encore, de protéger la femme contre son mari ; mais contre les tiers, n'est-ce pas trop ? Au moins ne faudra-t-il pas tenir compte de leur bonne foi ?

Jusqu'ici, en effet, nous n'avons fait le procès de la représentation de la dot que scientifiquement, pour ainsi dire, au nom des principes et de la logique.

Mais l'exposé de la théorie et des conséquences qu'elle entraîne met à chaque pas en lumière que ce sont les tiers, qui contractent avec les époux, qui

sont exposés à en subir toutes les rigueurs. Le mari se présente-t-il comme insolvable en face des demandes de la femme créancière ; il est pratiquement hors de cause ; la femme est ici l'être de faveur, au profit de laquelle la jurisprudence échafaude sa théorie ; mais l'incidence effective frappe le tiers qui a contracté et qui se trouve atteint par le droit de préférence de la femme.

Au moins faudra-t-il, espérons-le, que celui-ci ait été prévenu et connaisse, lors de son contrat, le danger suspendu sur ses droits, auquel cas la représentation de la dot ne produira ses effets que contre les tiers de mauvaise foi.

Depuis longtemps, le danger résultant du défaut de publicité a été signalé par les auteurs (1) ; ceux-ci continueront à insister sur la condition nécessaire que les tiers aient connu la source et le caractère des derniers employés à l'opération. Si la femme, dit M. Planiol, « ne réussissait pas à prouver que les deniers employés à l'acquisition étaient dotaux, le bien devrait être traité comme un paraphernal pur et simple ».

Il n'aurait, en effet, aucune partie de la dot à représenter.

L'insistance est d'autant plus utile que la con-

(1) Planiol, D. P. 97, 1, 313, note *in fine*. Marcadé, Code Napoléon, art. 1563, n° 4, Troplong, *Contrat de Mariage*, t. VI, n° 3189 à 3193. Aubry et Rau, t. V, p. 304, note Cotelle.

dition de publicité, si équitable, avait été méconnue par les Cours qui, étendant la théorie de la représentation à toutes limites possibles, l'avaient admise même en l'absence de toute indication de l'origine des deniers.

Le premier arrêt en date, de ceux que nous citons est de la Cour de Bordeaux, du 14 mai 1857(1). La dispense de publicité est d'autant plus frappante qu'un premier attendu laissait croire que la Cour allait reculer devant la clandestinité de l'origine des deniers : attendu que la demanderesse « n'a fait connaître dans son contrat d'acquisition, ni... »

Ne s'attend-on pas à trouver dans le dispositif de l'arrêt, un rejet de sa demande, faute de publicité ? Ce n'est pas ainsi que conclut l'arrêt : sans doute la publicité, dit-il, est nécessaire pour que l'immeuble acquis devienne dotal ; mais elle ne l'est pas pour qu'il représente la dot. Etrange contradiction : faute de publicité suffisante, l'immeuble n'est pas dotal, il est aliénable en totalité, mais quant au démembrement de propriété, quant au droit réel de priorité qui résulte de la représentation de la dot, la publicité est inutile : la femme peut disposer du tout, mais elle ne peut disposer de partie !

(1) D. P., 57, 2, 212.

Plus récemment, un jugement du Tribunal de Foix, confirmé par la Cour de Toulouse, se contente de la publicité instituée par la loi du 10 juillet 1850, à savoir celle du contrat de mariage : « avertis qu'ils étaient (les tiers) par le contrat de mariage (1) ».

Sans doute, ce contrat met les tiers qui contractent avec les époux en garde contre les amoindrissements de capacité qui peuvent résulter des clauses matrimoniales ; mais en quoi peut-il les prémunir contre les circonstances de fait qui se produiraient au cours du mariage ; surtout comment pourrait-il leur faire savoir que les deniers qu'on leur livre sont ou non des deniers dotaux ? Est-ce donc à eux de le demander ? N'est-ce pas aux époux, indépendamment de toute question de fraude, qu'il est nécessaire de le déclarer, s'ils veulent, pour l'avenir, réserver le droit de priorité de la femme ? Peut-être pourrait-on arguer de ce que l'hypothèque légale s'oppose aux tiers même occultes ; mais il y a raison spéciale, qui n'existe pas en représentation de la dot : c'est que l'inscription doit être prise par le mari, et la loi a considéré que la femme ne pouvait être sacrifiée à la négligence ou à l'omission coupable du mari.

(1) D. 90, 2, 344.

Citons enfin, dans cette revue rétrospective, un plus récent arrêt de la Cour de Toulouse, du 27 juin 1892 (1).

Heureusement, une jurisprudence si contraire à l'équité ne s'est pas maintenue ; la Cour de cassation a, du moins, sur ce point capital, remis la théorie au vrai.

Un premier arrêt fut rendu par la Chambre des requêtes le 3 juin 1891 (2) sur rapport d'un membre de la Chambre, très documenté et souvent délégué en la matière qui nous occupe, M. le conseiller Cotelle. Voici en quels termes il s'exprimait : « Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être invoquée contre les tiers qui ont contracté avec la femme, au moins faut-il que ces tiers aient eu les moyens de vérifier la condition privilégiée des biens qu'ils achetaient, ou qu'ils acceptaient en garantie du prix de leurs capitaux. »

Lorsque le contrat de mariage n'a imprimé le caractère dotal qu'aux biens présents, et qu'on plaide sur des immeubles ou sur le prix d'immeubles qui ont été acquis par la femme depuis le mariage, aucune lumière n'était à espérer pour les tiers de l'examen des conventions matrimoniales.

« La dotalité n'a pu être manifestée que par le titre de propriété, s'il en ressortait que l'héritage

(1) D., 93, 2, 188.

(2) D., 92, 1, 13.

eût été accepté en paiement d'une dot promise en argent, ou bien encore qu'il eût été acheté et payé de deniers dont l'origine était mentionnée dans l'acte comme dotale. »

Encore faudrait-il, pensons-nous, que cette déclaration soit appuyée de preuves suffisantes fournies par les époux qui prétendent que l'immeuble représente la dot.

« Donc, si la dotalité persiste dans les deniers qui sont incorporés à l'immeuble, c'est seulement en tant que cette affectation de deniers sera constatée par un instrument opposable aux tiers, sous forme de dation en paiement de la dot, ou sous forme d'achat, avec mention de l'origine du capital employé à en solder le prix. Il ne suffit même pas que la représentation de deniers dotaux, par l'immeuble qu'ils ont servi à acquérir, soit établie dans un acte en termes trop généraux : il faut, en outre, que cet acte soit le même que celui qui forme le titre de propriété de la femme.

« C'est ainsi que, dans le régime de communauté, d'après les articles 1434 et 1435, C. civ., le remploi ne produira ses effets légaux qu'à la condition d'être déclaré dans l'acte même par lequel l'immeuble est acquis comme propre au nom des époux. »

Il y aura dans l'opération ce que M. Planiol appelle un simili-remploi (1).

(1) Planiol, t. III, n° 1680.

En suite du rapport, l'arrêt rendu porte : « Attendu que l'arrêt attaqué constate qu'il *ne résulte d'aucun acte* versé au procès que (l'immeuble) ait été donné aux époux et accepté par eux en paiement de la dot ».

Voilà donc une première fois consacrée la condition de publicité, qui permettra aux époux de soutenir contre les tiers la représentation de la dot.

Une deuxième décision a été rendue dans le même sens par la Chambre civile, le 26 novembre 1895 (1). Il s'agissait d'une femme mariée sous le régime dotal, qui réclamait une dot promise en argent, par priorité, sur un immeuble qu'elle disait représenter sa dot. Si l'expression même ne se trouve pas dans les deux sentences qui se sont succédé, l'inaliénabilité de la dot mobilière qui sert de base à la théorie est de nouveau affirmée expressément, selon l'habitude constante et toujours présentée comme une tradition intacte et intangible de la jurisprudence.

« Attendu, dit le tribunal de Carcassonne qui avait, en 1891, jugé l'affaire en première instance, attendu qu'il est de principe que la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière, que ce principe, reconnu « (ou plutôt établi) » par une

(1) D., 1896, 1, 313.

jurisprudence constante, ne peut, aujourd'hui, faire l'objet d'une discussion utile en justice. »

« Attendu, porte à son tour, l'arrêt de la Chambre civile, plus formel quant à la représentation de la dot.

« Attendu que si le prix d'aliénation d'un immeuble dotal, et à ce titre inaliénable, jusqu'à concurrence du montant de la dot mobilière, qu'il représente, lorsque cet immeuble a été donné à la femme en paiement de la dot elle-même, ou qu'il a été acquis de deniers dotaux. »

Mais si les deux textes sont d'accord pour reconnaître le principe de la représentation de la dot, le premier ne fait aucune mention de la condition de publicité, tandis que celui de la Cour de cassation y subordonne exclusivement la prétention de la femme à exercer son droit de priorité. Loin de là, le tribunal de Carcassonne déclare que le contrat de mariage est un titre suffisant pour assurer l'exercice, du prélèvement réclamé par la femme. Tandis que l'arrêt de la Cour suprême exige que, dans l'acte d'acquisition de l'immeuble représentatif de la dot, il ait été fait mention de l'origine des deniers qui ont été employés à l'acquisition; sinon pas de représentation, pas de droit de priorité, car, continue l'arrêt, « il en est autrement lorsque... il n'existe pas de titre établissant aux yeux des tiers, que les biens immobiliers

transmis à la femme aient été affectés ou substitués à sa dot ».

Espérons que sur ce second point, celui de la publicité, la jurisprudence montrera la même constance que sur la théorie de la représentation et maintiendra ainsi la correction partielle mais capitale, que l'un apporte à l'autre ; puisque, suivant l'expression que nous allons retrouver dans la bouche d'un conseiller de cassation, l'inaliénabilité de la dot mobilière « ne peut aujourd'hui faire l'objet d'une discussion utile en justice ».

Combien de temps encore faudra-t-il en subir les conséquences (1) !

(1) D. P., 1896, 1, 314.

D. P., 1892, 1, 14.

CONCLUSION

Aucun des défauts de principes sur lesquels s'appuierait la théorie de la représentation de la dot, n'a été dissimulé ; ni dans le droit romain, ni dans les textes actuellement en vigueur, ne s'est offerte une base solide pour appuyer l'inaliénabilité de la dot mobilière, sur laquelle s'appuie elle-même la théorie de la dot incluse. En dégageant l'idée des confusions qui l'ont successivement obscurcie, les principes certains du Code civil sont apparus, quant aux garanties de restitution de la dot ; résumons-les.

L'inaliénabilité, des immeubles dotaux, assurant à la femme la restitution en nature ; mettant celle-ci à l'abri de tout acte juridique, — quel qu'en soit l'auteur, mari, tiers, elle-même, — pouvant l'empêcher de reprendre l'immeuble dotal, en quelques mains qu'il se trouve.

L'insaisissabilité des mêmes immeubles dotaux, protégeant la femme contre les poursuites des

tiers auxquels elle se serait engagée durant le mariage ; même contre celles des créanciers antérieurs au mariage, — sauf, bien entendu — l'exercice pour ces créanciers de l'action Paulienne.

Imprescriptibilité des mêmes immeubles dotaux, contre les tiers qui s'en seraient rendus possesseurs.

Du côté donc des immeubles dotaux, nul danger de droit : la restitution en nature est assurée.

Passons aux meubles corps certains. La jurisprudence, les englobant dans sa formule unique de dot mobilière, en a consacré l'inaliénabilité ; la formule s'appliquant en bloc aux corps certains aussi bien qu'aux créances de la femme dotale.

Faisant, au contraire, l'essentielle distinction, nous avons dû nous demander si les meubles corps certains qui font partie de la dot sont inaliénables. Le droit de les aliéner seul a été naturellement refusé à la femme, qui peut demander la rescision de tout engagement non autorisé.

Marcadé et la jurisprudence ont permis au mari d'aliéner seul les meubles dotaux corps certains, étendant jusque-là les pouvoirs d'administrateur du mari, faculté que nous avons énergiquement refusée à celui-ci.

Mais les principes les plus sûrs permettent au mari et à la femme d'aliéner conjointement les corps certains compris dans la dot : la femme en

est propriétaire ; le concours du mari l'autorise ; il est impossible d'établir, par les textes romains ou par ceux du Code civil, que le législateur ait voulu frapper d'inaliénabilité cette partie de la dot.

Restent les créances dotales de la femme — y compris celle qui résulterait de la transformation en argent des corps certains dotaux. C'est ici que nous rencontrons l'effort suprême de la jurisprudence.

Le Code avait inauguré la garantie : à une restitution en nature, à laquelle il n'y avait pas à songer, il avait substitué l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles du mari : garantie énorme, si l'on considère surtout que l'hypothèque peut demeurer occulte ; garantie suffisante, avons-nous prétendu, si elle s'étend, comme il est logique et juridique, à tout immeuble pouvant être considéré comme ayant passé entre les mains du mari.

Sous les régimes matrimoniaux, divers d'ailleurs, la femme mariée pouvant se prévaloir de son hypothèque sur les immeubles du mari, à l'encontre des créanciers personnels de celui-ci, dans la pratique, il était inévitable que le mari, à la poursuite d'un crédit solide, insistât près de sa femme, pour obtenir d'elle une renonciation à l'hypothèque gênante. Bien des femmes y consentirent,

et peu à peu l'arme défensive que la loi avait mise aux mains de toute femme mariée perdit toute son utilité. Légalement, ces renonciations devaient être considérées comme nulles : si anti-économique que fût l'hypothèque des femmes mariées, l'esprit de la loi bien observé ne pouvait permettre à la femme de se dépouiller du moyen efficace à elle fourni pour sauvegarder ses créances contre son mari. Malgré tout, les renonciations devinrent tellement d'habitude, que le législateur, jusque-là spectateur muet de la violation du principe, n'intervint que pour la transformer en droit : sans en affirmer expressément la transformation, la loi du 25 mars 1855 en organisa les conditions de validité ; c'était donc reconnaître implicitement la légalité, au moins pour l'avenir, de la renonciation de la femme à son hypothèque. Pourtant, bien avant la loi de 1855, la jurisprudence avait maintes fois affirmé l'inaliénabilité de la dot mobilière ; il était inévitable qu'elle en déduisit l'impossibilité pour la femme de renoncer à son hypothèque, puisque, selon la formule large des jugements et arrêts, elle ne pouvait faire valablement aucun acte juridique susceptible de compromettre en quoi que ce fût la restitution de sa dot ; à l'inverse, dans le système qui refuse à la dot mobilière le caractère d'inaliénabilité, pouvait-on soutenir qu'il fallait faire rentrer la femme dotale

dans le rang commun et lui permettre la renonciation. Que les partisans du régime dotal aient considéré comme légitime le désir de donner à la femme, sur ce point, une situation plus favorable qu'autorisait l'esprit du régime, rien de plus naturel. C'est ce vœu que la jurisprudence satisfaisait, en défendant à la femme dotale de renoncer à son hypothèque ; elle en trouvait à la fois la tentation et le moyen dans sa théorie de la dot mobilière inaliénable (1).

Sur ce point d'ailleurs le législateur semble bien avoir consacré la création de la jurisprudence. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 porte, en effet : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer ».

La créance de la femme dotale se trouvant dès lors suffisamment protégée, et l'étant dans les diverses hypothèses de la dot incluse, la théorie de la représentation de la dot disparaîtrait avec l'utilité qu'on en prétend tirer aujourd'hui. Il en resterait encore assez : la femme dotale protégée dans sa créance par son hypothèque et par l'impossibilité d'y renoncer. Ainsi s'évanouirait une partie des inconvénients et des dangers si souvent invoqués contre le régime dotal, ce reste, dit-on, du régime matrimonial romain, si tant est que l'on

(1) D, A., *Contrat de mariage*, n° 3, 455.

puisse dire que les Romains ont connu des régimes matrimoniaux, au sens que le Code attribue à cette dénomination.

Normalement parlant, en dehors des questions de sentiment plus que respectables soulevées par l'esprit chrétien, pourquoi, peut-on se demander, l'union des personnes entraîne-t-elle l'union des patrimoines ? Les Romains l'avaient-ils voulu ? Il est fort permis d'en douter. La *manus* des premiers siècles n'était pas, certes, une union, plus ou moins prolongée, des deux patrimoines d'époux, mais bien la brutale absorption de la fortune de la femme par le tout-puissant, le seul-puissant mari. La *manus* disparue, la séparation des patrimoines fut, en somme, si on peut le dire, le seul régime matrimonial romain : les deux patrimoines demeurèrent distincts, possédés, administrés chacun par le mari d'un côté, par la femme de l'autre.

L'équité demandait pourtant que les deux époux, dans la collaboration matrimoniale, fournissent l'un et l'autre les subsides nécessaires à la vie de famille ; mari, femme, enfants avaient à dépenser en commun le budget que les époux constituaient à deux. Donc, à côté des revenus fournis par le mari, la femme apportera sa contribution aux charges du ménage, sous une forme ou sous une autre ; les biens affectés par elle à ce service intime composeront sa dot.

Ajoutons, la trace en est fréquente, que les jeunes Romains, outre le désir légitime et équitable de recevoir contribution suffisante de leurs épouses, n'étaient pas sans être entraînés aux justes noces par l'attrait, ne disons point l'appât, d'une dot plus ou moins séduisante ; l'humanité ne change guère ! La considération ne fut pas sans valeur, chez un peuple et à des époques où le législateur romain eut à pousser les citoyens vers l'union légale qui faisait des enfants légitimes. La valeur s'en est maintenue et plaidera sans doute longtemps encore pour le maintien du régime dotal.

Puisqu'il faut l'accepter encore, au moins doit-on le réduire à ses moins funestes conséquences et le dégager enfin de la théorie inutile et dangereuse de la dot incluse, de la théorie jurisprudentielle de la représentation de la dot par certains paraphernaux.

Ce n'est pas seulement dans la doctrine et dans la science sociale que les critiques se sont fait entendre. Une des plus récentes décisions sur la représentation de la dot, a été rendue sur le rapport, déjà utilisé par nous, d'un membre de la Cour de cassation, M. le conseiller Cotelle (1). Les réserves que lui imposait la haute autorité de la

(1) D. P., Cass., 26 novembre 95, 4^{re} partie, p. 314.

Cour et la longue tradition jurisprudentielle, laissent transpirer le regret de voir cette même jurisprudence s'engager de plus en plus dans la protection exagérée et non fondée dont se trouve gratifiée la femme mariée sous le régime dotal.

Nous ne saurions mieux faire que d'emprunter à ce rapport les termes mêmes qu'il emploie. « Sous l'influence d'un courant d'idées qu'il ne serait plus *utile* d'apprécier devant vous et dont je me borne à constater les résultats acquis à la jurisprudence, les garanties dont le Code civil entourait la conservation de la dot ont reçu de vos arrêts deux extensions considérables ». Extensions qui atteignent, si elles ne les dépassent, les arrêts de règlement si scrupuleusement dénoncés et interdits par l'article 5 du même Code civil : « d'abord, en ce que l'inaliénabilité, dont l'article 1554 ne parlait que pour les immeubles, a été déclarée applicable, dans une mesure assez large » (trop large ; croyons-nous) « à la dot mobilière ; ensuite, en ce que, bien que l'article 1553 refusât le caractère dotal aux biens acquis par la femme avec des deniers dotaux ou reçus en paiement d'une dot constituée en argent, il a été décidé que les *valeurs dotales*, dont les meubles avaient pris la place dans le patrimoine de la femme, y demeureraient incorporées avec leur attribut d'inaliénabilité, de telle manière que, en cas de revente,

la femme fût en droit de prélever sur le prix ces mêmes valeurs, en dépit de toutes charges d'hypothèques dont elle aurait pu grever sa propriété ». Voilà bien caractérisée la théorie de la représentation de la dot, avec précision.

Le rapport ajoute ensuite au regret exprimé dès le début, une critique assez vive des divergences de la doctrine et des auteurs qui se sont à peu près ralliés à l'institution nouvelle établie par la jurisprudence : « La subtilité de ce dernier raisonnement exigeait un effort de dialectique auquel ne se sont prêtées qu'avec peine les plumes les plus habiles ».

Le rapporteur, résigné, conclut ainsi : « Quoi qu'il en soit, je ne me permets, je l'ai déjà dit, aucune critique à l'adresse des décisions de votre Chambre civile ». La discussion fut donc close, le rapport ayant été lu à la Chambre des Requêtes, qui rejeta le pourvoi formé devant la Cour (1).

Relevons seulement, heureux de nous appuyer de la haute autorité du rapporteur, partie intégrante de la Cour devant la théorie de laquelle il s'inclinait, une dernière flèche à l'adresse, cette fois, du régime dotal lui-même : « Quoique ce soit assez souvent le propre du régime dotal de ne sauvegarder la fortune des familles qu'aux dé-

(1) D. P., 92, 1, 14.

pens de leur honneur ». Il faut s'arrêter là, et, comme M. le conseiller Cotellet, craindre « de s'exprimer en termes trop sévères » contre un régime regrettable en lui-même, aussi bien pour la fortune des époux que pour les progrès du Crédit public, un régime qui a, en outre, eu la mauvaise fortune d'être interprété et étendu au delà des limites légales.

Vu, le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu, le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer .
Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
J. COMBARIEU.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Droit ancien.

CHAPITRE I. — Droit Romain.	1
Section I. — Origines romaines de la dot	1
Section II. — Volonté du législateur d'assurer la situa- tion de la femme à la dissolution du mariage. . . .	6
Section III. — Garanties de conservation et de restitu- tion de la dot.	15
§ I. — Administration du mari	15
§ II. — Biens que la femme peut réclamer à la dis- solution du mariage	19
§ III. — Garanties de restitution de la dot	22
Section IV. — Question de l'inaliénabilité de la dot mobilière	35
CHAPITRE II. — Droit coutumier.	46
Section I. — Garanties de restitution de la dot	46
Section II. — Apparition de la dotalité subsidiaire . .	55

DEUXIÈME PARTIE

Code civil.

	67
CHAPITRE I. — Question de l'inaliénabilité de la dot mobi- lière	71
CHAPITRE II. — Théorie de la Représentation de la dot. Di- verses hypothèses de dot incluse.	100
Première hypothèse. — Séparation de biens	100

Deuxième hypothèse. — Art. 1553, 2 ^o	112
Troisième hypothèse. — Art. 1553. 1 ^o	122
Quatrième hypothèse. — Femme adjudicataire d'un immeuble du mari	133
Cinquième hypothèse. — Immeuble reçu dans la suc- cession du Constituant.	135
Sixième hypothèse. — Immeuble acquis par les deux époux avec les deniers dotaux	136
Septième hypothèse. — Immeuble acquis en remploi .	138
Huitième hypothèse. — Indemnités d'assurances . .	142
Neuvième hypothèse. — Paraphernaux purs	145
CHAPITRE III. — Conséquence de la représentation de la dot	150
Première conséquence. — Attribution des revenus au mari.	150
Seconde conséquence. — Droit de priorité de la femme au cas de saisie des paraphernaux.	151
CHAPITRE IV. — Publicité de la représentation de la dot .	156
CONCLUSION.	165

SAINT-AMAND. CHER. — IMPRIMERIE BUSSIÈRE
